Die rechtliche Natur

der

Stillen Gesellschaft

unter besonderer Berücksichtigung

ihrer historischen Entwicklung.

Inaugural-Dissertation

der

Hohen juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Erich Lübbert
Referendar.

Sonderabdruck aus Bd. 58, Nr. 7 der Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht.
Von der Hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau preisgekrönt
am 27. Januar 1906.

Stuttgart.
Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft.
1906.

Die rechtliche Natur

der

Stillen Gesellschaft

unter besonderer Berücksichtigung

ihrer historischen Entwicklung.

Inaugural-Dissertation

der

Hohen juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Erich Lübbert
Referendar.

Sonderabdruck aus Bd. 58, Nr. 7 der Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht.
Von der Hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau preisgekrönt
am 27. Januar 1906.

Stuttgart.
Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft.
1906.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Beyerle.
Korreferent: Professor Dr. Dahn.

§ 1.

Einleitung.

Die Frage nach der rechtlichen Natur der stillen Gesellschaft soll hier noch einmal aufgeworfen werden. Nachdem man im vorigen Jahrhundert eine Zeitlang an der nun über ein halbes Jahrtausend alten Gesellschaftskonstruktion gerüttelt hat, ist in den letzten Jahrzehnten der Streit wieder verstummt und zur Zeit erklärt die unumschränkt und unbekämpft herrschende Meinung die stille Gesellschaft für eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts [1]). Der Angriff auf jene alte Konstruktion erscheint so heute mißglückt; schuld daran ist die Tatsache, daß man ihn nicht nachhaltig genug [2]) und daß

---

1) Vgl. die sämtlichen neuesten Arbeiten über die stille Gesellschaft. Ausgenommen sind nur: Eberlein, Die stille Gesellschaft, Dissert. Greifswald 1898 S. 23, und Löwenstein, Die stille Gesellschaft, Dissert. München 1896 S. 14; diese beiden erklären zwar, die stille Gesellschaft sei keine Gesellschaft, sondern eine Art Kreditverhältnis; aber sie führen diese Ansicht in keiner Weise durch und stellen tatsächlich die stille Gesellschaft durchweg vom Standpunkte der Gesellschaftstheorie aus dar.

2) Besonders nicht historisch genug; auf historische Belege hat sich eigentlich nur Laſtig in seinen zahlreichen Schriften wirklich gestützt, aber von einer ganz falschen Voraussetzung ausgehend und darum erfolglos; vgl. unten § 5 I.

man ihn mit der durchaus ungerechtfertigten Absicht unternahm, die stille Gesellschaft für ein „modifiziertes“ oder „qualifiziertes Darlehen“ [3]) oder (ziemlich unklar) für ein „modifiziertes Gläubiger- oder Kreditverhältnis“ [4]) zu erklären. Hier soll jener Angriff nun von einer ganz neuen Seite aus unternommen werden und besonders auch unter Verwendung des Rüstzeuges, das die historischen Forschungen der letzten Jahrzehnte geliefert haben [5]).

§ 2.

Die Kommenda und ihre partiarische Gestaltung.

I. Unsere heutige stille Gesellschaft führt historisch zurück auf die Kommenda, ein Rechtsverhältnis, bei dem der eine Kontrahent verpflichtet ist, das ihm vom anderen anvertraute Gut durch Handel (und zwar zunächst immer durch Seehandel) in dessen Interesse umzusetzen. Dieser Satz steht heute allgemein in Geltung, nachdem seinerzeit Lastig in zahlreichen Schriften die Entwickelung der stillen Gesellschaft als eines „Kapitalgeschäfts“ aus der Kommenda als einem „Arbeitsgeschäft“ für unmöglich erklärt hat — ohne daß es ihm aber gelungen wäre, diese auf Grund abstrakter Definitionen vorgefaßte Ansicht mit historischen Belegen erhärten zu können [6]).

---

3) Dahn, Handelsrechtliche Vorträge 1875 S. 86 und 92; Freese, Die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft, Dissert. Greifswald 1877 S. 13; Schoen, Vergleichende Darstellung der Rechtsverhältnisse der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft, Dissert. Königsberg 1899; ferner Lastig, z. B. in Endemanns Handbuch Bd. I S. 707.

4) v. Hahn, Kommentar zum Allg. D. HGB. 1877 § 2 zu Art. 250; Anschütz-Völdernborff, Kommentar zum Allg. D. HGB. Bd. II, 2 1885 S. 874; Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts Bd. I 1886 S. 666 Anm. 46; Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts Bd. I 1879 S. 353; Eberlein a. a. O.; Löwenstein a. a. O.; ROHG. XIII Nr. 19; RG. bei Gruchot XXIX S. 996.

5) Literatur siehe insbes. bei Karl Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig 1906, S. 332 Anm. 2.

6) Zur Kritik Lastigs vgl. zuerst Gierke in dieser Zeitschrift

Was nun jene eingangs erwähnte Kommenda anlangt, so ist es ihre partiarische Gestaltung, die den Ausgangspunkt für die Entwickelung der stillen Gesellschaft bedeutet, jene Gestaltung, bei der der zur Arbeit verpflichtete Kontrahent, der das anvertraute Gut im Handel umzusetzen hat, als Entgelt für seine Arbeit eine Quote des dabei gewonnenen Reinertrags erhält.

Wir finden dieses partiarische Rechtsverhältnis am frühesten nachweisbar in islamitischen Rechtsquellen [7]) unter dem Namen Kirad, dann in Italien seit dem 10. Jahrhundert [8]), hier unter dem Namen Commenda, und im nordischen Recht des 13. Jahrhunderts [9]); zur gleichen Zeit war es auch bereits in den deutschen Hansestädten in Übung. Dagegen ist meines Erachtens aus den uns bekannten Quellen nicht mit Sicherheit zu entnehmen, daß die Römer der klassischen Rechtsperiode partiarische Kommenden abgeschlossen haben [10]).

Wir brauchen hier nicht weiter darauf einzugehen, in welcher Beziehung das Vorkommen jenes partiarischen Arbeitsgeschäftes in Deutschland zu seinem Auftreten in den anderen

---

Bd. XXVII S. 687 f., dann besonders Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts 1891 S. 270 Anm. 125.

7) Vgl. Kohler, Die Kommenda im islamitischen Recht, Würzburg 1883, S. 3 f.

8) Die frühesten Nachweise siehe bei Silberschmidt, Die Kommenda in ihrer frühesten Entwickelung bis zum 13. Jahrhundert S. 38.

9) Hier hjáfèlag genannt; Pappenheim in dieser Zeitschrift Bd. XXXVI S. 85 ff.; dazu v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht II S. 820.

10) Dies behauptet Goldschmidt in dieser Zeitschrift Bd. XXXV S. 80—81, sich stützend auf die (aber ziemlich dunkle) Stelle Dig. 16. 3, 7. 2 (vgl. auch Laftig in dieser Zeitschrift Bd. XXIV S. 413); ferner Goldschmidt in Universalgeschichte S. 91, mit Hinweis auf Dig. 17. 2, 52. 7, und Silberschmidt (Kommenda) S. 14, sich berufend auf Dig. 17. 2, 44; aber gerade das Moment der partiarischen Gewinnbeteiligung fehlt in diesen beiden letztgenannten Digestenstellen.

oben genannten Ländern steht. Die Behauptung Schmidts [11]) S. 2, es handle sich hier um die Verpflanzung eines fremden italienischen Rechtsinstituts nach Deutschland, erscheint jedenfalls ungerechtfertigt und man darf wohl mit Rehme [12]) S. 378, Kohler a. a. O. S. 5 und Silberschmidt [13]) annehmen, daß es sich hier um eine universale Rechtsentwickelung handelt, bei der die einzelnen, durch regen Handelsverkehr verbundenen Gebiete des islamitischen, romanischen und germanischen Rechts in steter Wechselwirkung nebeneinander stehen.

II. Der Tatbestand der Kommenda schlechthin wäre nach römischem Recht unter das Mandat einzubegreifen; nach heutigem Recht wäre die Kommenda Auftrag (nämlich falls der Kommendatar oder Traktator keinen Arbeitslohn erhält) oder Werkvertrag mit Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB., nämlich falls der Traktator eine Vergütung für seine Arbeit erhält) und eventuell Kommission (falls nämlich die Voraussetzungen des HGB. §§ 383, 406 vorhanden sind). Das einzige Begriffsmerkmal der Kommenda schlechthin ist die Verpflichtung des Traktators; nicht ist es Begriffsmerkmal der Kommenda, ob und wie der Traktator für seine Arbeit entschädigt wird; der Traktator kann (abgesehen davon, daß ihm nach Mandatsgrundsätzen seine Auslagen zu erstatten sind) unentgeltlich arbeiten, oder er kann einen festen Lohn erhalten, oder er kann partiarisch entschädigt werden, so daß er von dem Reingewinn, den er bei der Umsetzung des anvertrauten Gutes macht, eine Quote erhält (d. h. also zurückbehält, wenn er alles andere nach Beendigung der Kommenda herauszugeben hat [heute BGB. § 667]).

Die partiarische Kommenda steht also zur Kommenda

---

11) Schmidt, Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters, Breslau 1883.

12) Rehme, Lübecker Handelsgesellschaften u. s. w., in dieser Zeitschrift Bd. XLII S. 367 ff.

13) Silberschmidt, Kumpanie und Sendeve, im Archiv für bürgerl. Recht Bd. XXIII.

schlechthin in dem Verhältnis, in dem die Spezies zur Gattung steht; und zwar tritt für die partiarische Kommenda zu dem Begriffsmerkmale der Kommenda schlechthin (der Verpflichtung des Traktators) als spezielles Begriffsmerkmal die Entschädigung des Traktators durch eine Gewinnquote hinzu.

III. Diese Erkenntnis ist eine verhältnismäßig junge. Sie findet sich zuerst in der Literatur angedeutet bei Pardessus[14]), dann bei Lepa[15]), Weber[16]) und Goldschmidt (Universalgeschichte S. 262); aber ohne daß einer von diesen Schriftstellern die Bedeutung dieser Erkenntnis recht eingesehen hätte; wirklich klar ausgesprochen findet sie sich erst bei Silberschmidt (in Kumpanie u. Sendeve a. a. O.), dem sie in seiner „Kommenda a. O." noch ziemlich fremd gewesen ist[17]) [18]). Es scheint, als hat erst Crome[19]), indem er den allgemeinen Begriff des partiarischen Rechtsverhältnisses entwickelte, das volle Verständnis für das Wesen der partiarischen Kommenda ermöglicht, obwohl Crome a. a. O. selbst die Kommenda nirgends auch nur erwähnt. Bis dahin hat die partiarische Kommenda das Schicksal aller anderen partiarischen Rechtsverhältnisse teilen müssen: man hielt die partiarische Beteiligung für etwas so sehr der „Gesellschaft" Eigentümliches, daß man, wie die anderen partiarischen Rechtsverhältnisse[20]), so auch die partiarische Kommenda in meist nicht eben klarer Weise halb und halb für eine societas erklärte (vgl. unten Anm. 24).

14) Collection de lois maritimes vol. IV S. 527 N. 5.

15) In dieser Zeitschrift Bd. XXVI S. 435.

16) Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften (1889) S. 19.

17) Auch in Kumpanie und Sendeve a. a. O. scheint Silberschmidt unter „Kommenda" nur die partiarische Kommenda verstehen zu wollen, wie man dies bisher allgemein getan hat; vgl. § 2 a. E. und Silberschmidt, Kommenda S. 72 ff.

18) In „Das partiarische Rechtsgeschäft", 1897.

19) Neuerdings vgl. Karl Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts S. 334.

20) Vgl. Crome a. a. O.

Diesen Mangel an Verständnis verrät deutlich schon die Terminologie der Quellen.

Einmal stellen sie die (partiarische) Kommenda vielfach mit der societas in eine Linie, ja sie gebrauchen für den Tatbestand der partiarischen Kommenda zum Teil geradezu den Namen societas[21]) (zu beachten ist allerdings hierzu, daß die Quellen und besonders die deutschen Quellen die Ausdrücke societas, selschop u. s. w. nicht mit präziser Technik verwenden, und daß sie, wenn sie ein Rechtsverhältnis societas nennen, damit nicht etwa sagen wollen, daß hier der Tatbestand der römischen societas vorliegt); andererseits haben sie für den Tatbestand der partiarischen Kommenda vielfach andere Bezeichnungen als für den der nichtpartiarischen Kommenda; so scheint man in Deutschland nur die nichtpartiarische Kommenda mit sendeve bezeichnet zu haben, während man für den Tatbestand der partiarischen Kommenda, abgesehen von der Bezeichnung societas, keinen besonderen Namen hatte[22]); und in Italien scheint man, zum mindesten in Genua, die Bezeichnung Kommenda nicht

21) Statut von Pera c. 211 bei Lastig, Entwickelungswege und Quellen des Handelsrechts (1897); Silberschmidt, Kommenda S. 92. Im Lübecker Niederstadtbuch (bei Rehme a. a. O.) erscheinen die partiarischen Kommenden unter der Rubrik „societates"; in späterer Zeit finden wir sie bei Bruns, Hansische Geschichtsquellen Bd. II (N. F. 1900) unter dem Namen „wedderlegginge unde selschap" (Nr. 40 S. 179), seltzschop (Nr. 51 S. 187) und ähnlichen Namen.

22) Die zahlreichen Eintragungen bei Mollwo, Das Handlungsbuch von Hermann und Johann Wittenborg, Leipzig 1901, die sich selber als sendeve bezeichnen, lassen nirgends darauf schließen, daß es sich etwa um den Tatbestand der partiarischen Kommenda handelt; andererseits scheinen die Eintragungen 14, 18, 20, 22, 40 und 48 bei Rehme a. a. O., welche ihrem Inhalt nach partiarische Kommenden bekunden, die Bezeichnung sendeve geflissentlich zu vermeiden; vgl. Mollwo a. a. O. S. LIV ff.; Levin, Über das Kommissionsgeschäft im Hansagebiet, Dissert. Berlin 1887 S. 33 ff.; dazu Silberschmidt, Kumpanie u. s. w. a. a. O. S. 33.

dort verwendet zu haben, wo der Traktator gegen festen Entgelt portare laboratum soll[23]).

Um eine sichere Terminologie zu schaffen, soll hier ohne Rücksicht auf den Sprachgebrauch der Quellen im einzelnen Fall von Kommenda dort geredet werden, wo der eine Kontrahent, der Traktator, dem anderen zum Umsatz anvertrauten Guts durch (See-)Handel im Interesse des anderen verpflichtet ist, und weiterhin soll, wenn der Traktator als Entgelt für seine Tätigkeit eine Quote vom Reingewinn erhält, für diesen Tatbestand der Ausdruck „partiarische Kommenda" verwendet werden, und zwar dies für die italienischen wie für die deutschen Quellen.

Die Quellen des Mittelalters lassen also von Anfang an ein Verständnis für das Wesen der partiarischen Kommenda vermissen; und derselbe Mangel macht sich seitdem in der gesamten Literatur bis in die letzten Jahre hinein fühlbar. Man erklärt meist die „Kommenda" (bei welchem Ausdruck man nur an den Tatbestand der partiarischen Kommenda denkt) für eine Art Sozietät[24]) und weiß sich

---

23) Silberschmidt, Kommenda S. 99/100. Goldschmidt, Universalgeschichte S. 262 Anm. 91. Den Ausdruck commendare verwendet das corpus iuris noch ganz allgemein für anvertrauen überhaupt, als einen untechnischen Ausdruck; siehe Dig. 16. 3, 24. 26; 50. 16, 186; C. 4. 34; im Mittelalter verengte sich dann der Ausdruck zum technischen Begriff für ein ganz bestimmtes Anvertrauen; später hat man dann den Begriff stellenweise, wie oben gesagt, noch mehr verengt, und nur noch das portare laboratum gegen partiarischen Entgelt darunter verstanden, wahrscheinlich weil man eben fälschlich die partiarische Kommenda für etwas von der nichtpartiarischen Kommenda ganz Verschiedenes hielt und darum auch für die (hier so genannte) unpartiarische Kommenda einen besonderen Namen für nötig hielt; in Genua hieß sie später allein implicita; Silberschmidt, Kommenda S. 73.

24) Goldschmidt, Universalgeschichte S. 262. Kohler a. a. O. S. 7 ff. Grünhut in Endemanns Handbuch III S. 175. Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften S. 11. Bruns a. a. O. S. CI ff. Rehme a. a. O. S. 372 ff. Pappenheim

darum ihr Verhältnis zu dem Tatbestand der (hier so genannten) nichtpartiarischen Kommenda nicht zu erklären[25].

Wir werden sehen, daß diese falsche Tendenz, die partiarische Kommenda für eine societas zu erklären, auch weiterhin in der Geschichte der stillen Gesellschaft eine große Rolle gespielt hat; und vielleicht gelingt es dieser Arbeit, nachzuweisen, daß die Aufdeckung jenes bis in unsere Zeit hineinwirkenden Irrtums nicht nur historische Bedeutung hat, sondern daß sie auch für unser geltendes Recht von größter Wichtigkeit ist.

§ 3.

Die partiarische (See-)Kommenda.

In Kommenda wurden sowohl Waren als auch schon sehr zeitig Geld gegeben; ursprünglich scheint — im Okzident wenigstens — die Kommenda nur als Seekommenda aufgetreten zu sein[26], so daß der Umsatz des anvertrauten Gutes durch den Traktator im Verlauf einer Seereise geschah. Das Rechtsverhältnis der partiarischen Kommenda braucht hier nur so weit skizziert zu werden, daß die Punkte hervortreten, an welche unsere stille Gesellschaft historisch anknüpft.

I. Der das Kommendaverhältnis begründende Vertrag scheint in Italien wenigstens ein Konsensualkontrakt gewesen zu sein[27]; jedenfalls erzeugte bereits vor Hingabe des Guts an den Traktator der Vertragsschluß die Verpflichtung des

---

a. a. O. S. 95. Lastig in dieser Zeitschrift Bd. XXIV S. 410: „einseitige Arbeitsgesellschaft“.

25) Vgl die Auseinandersetzung Mollwos a. a. O. S. LIV mit Rehme.

26) Goldschmidt, Universalgeschichte S. 267 Anm. 14; Silberschmidt, Kommenda S. 70, Kumpanie S. 9; Weber a. a. O. S. 36 und 122; anderer Ansicht Renaud a. a. O. S. 7 Anm. 20.

27) Anderer Ansicht Renaud a. a. O. S. 5 Anm. 30. Silberschmidt, Kommenda S. 95; vgl. auch Goldschmidt a. a. O. S. 261 Anm. 89a.

Kommendators, dem Traktator seine Auslagen zu ersetzen, und wenn es der Kommendator grundlos nicht zur Hingabe des Guts an den Traktator kommen ließ, so mußte er ihm den Gewinn zahlen, der dem Traktator bei Ausführung der Kommenda voraussichtlich zugefallen wäre[28]); vom Traktator sagt das pisanische constitutum usus c. 22[29]), daß er erst nach Hingabe des Kommendaguts zum Antritt der Reise solle gezwungen werden können; daraus braucht man aber nicht zu schließen, daß der Traktator auf Grund des bloßen Vertrages nicht zur Annahme des Kommendaguts verpflichtet war; vielmehr ist letzteres anzunehmen.

Über die Hingabe des Gutes in Kommenda wurden wohl in den allermeisten Fällen Urkunden aufgenommen, meist in Form einer Empfangsbescheinigung seitens des Traktators; diese Urkunden haben durchweg nur die Bedeutung einer notitia. Schriftlichkeit des Vertrages wurde nirgends als Vertragsvoraussetzung verlangt (wohl aber zur Sicherung des Beweises vgl. c. usus c. 22 a. a. O.).

II. Der Traktator war zunächst zur Ausführung der Kommenda verpflichtet; er mußte das anvertraute Gut über See führen und im Handel möglichst vorteilhaft umsetzen (Waren gegen Geld und umgekehrt und auch Waren gegen Geld und dies wieder gegen Waren u. s. w.); bei der Erfüllung dieser Verpflichtung hat der Traktator für omnis culpa einzustehen[30]); der Traktator hat im Zweifel allen

---

28) Nach Consolat del mar c. 170 war nur „das negative Vertragsinteresse zu ersetzen", vgl. Goldschmidt a. a. O.; nach c. usus c. 22 (Bonaini S. 888 Abs. 1 a. E.) war der Kommendator dagegen zur vollen Gegenleistung verpflichtet, vgl. unten Anm. 68.

29) Bei Bonaini, Statuti inediti della Città di Pisa vol. II, Firenze 1870.

30) Vgl. fürs islamitische Recht Kohler a. a. O. § 5, fürs deutsche Recht Levin a. a. O. S. 62 ff. Silberschmidt, Kommenda S. 112 ff. und die dort zitierten Quellen; vgl. c. usus c. 22 bei Bonaini a. a. O. S. 887 und 895; c. usus c. 23 bei Bonaini S. 898 für die compagnia di terra: damnum vero sine culpa ipsius contingens haveris sit; nach c. usus c. 22 handelt der

einzelnen auf die Ausführung seiner Verpflichtung bezüglichen Anordnungen des Kommendators nachzukommen: er steht dem Kommendator als Mandatar gegenüber [31]); aber diese Abhängigkeit des Traktators vom Kommendator bei Ausführung des Geschäfts besteht nur im Zweifel; durch ausdrückliche Vertragsbestimmung kann ihm für die Ausführung der Kommenda im einzelnen mehr oder weniger freie Hand zugestanden werden [32]).

Die zum Umsatz des anvertrauten Guts erforderlichen Rechtsgeschäfte wickelt der Traktator im eigenen Namen ab [33]); er handelt im eigenen Namen für fremde Rechnung.

Der Traktator hatte zum mindesten die Befugnis, über das anvertraute Gut rechtsgültig zu verfügen, soweit solche Verfügungen zur vertragsmäßigen Erledigung der Kommenda nötig waren [34]); auch konnte der Kommendator dem Traktator schlechthin das Eigentum am Kommendagut übertragen; das stand ganz im Ermessen der Kontrahenten; die dinglichen Rechtsverhältnisse des anvertrauten Gutes sind für die Bestimmung eines Rechtsverhältnisses zwischen zwei Kontrahenten

---

Traktator z. B. kulpos, wenn er Kommendagut ohne Not und Erlaubnis des Kommendators weiter kommendiert (Bonaini S. 885—886), wenn er noch andere Kommenden eingeht und ohne Erlaubnis die verschiedenen Kommendagüter zu einer Gesamtmasse vermengt (Bonaini S. 885).

31) Vgl. Silberschmidt a. a. O. S. 96.

32) Vgl. c. usus c. 22 bei Bonaini S. 886—887, 896—897.

33) Vgl. Renaud a. a. O. S. 7 Anm. 42. Lastig in dieser Zeitschrift Bd. XXIV S. 400; Lepa ebenda Bd. XXVI S. 448. Mollwo a. a. O. S. LXI. Rehme a. a. O. S. 389. Silberschmidt, Kumpanie S. 65; cf. Nr. 151 S. 99, bei Bruns a. a. O., Hanseatisches Urkundenbuch I S. 621; zweifelhaft für die ältere Zeit Goldschmidt a. a. O. S. 265. Silberschmidt, Kommenda S. 87 behauptet für die ältere Zeit die direkte Stellvertretung, wobei er sich aber auf die a. a. O. Anm. 5 zitierten Urkunden mit Unrecht beruft; denn „ad tuum nomen" ist nicht mit „in deinem Namen", sondern mit „für deine Rechnung" zu übersetzen.

34) Vgl. c. usus c. 22 bei Bonaini S. 896—897.

als Kommenda ganz gleichgültig; maßgebend vielmehr ist dafür lediglich die Umsatzverpflichtung des Traktators. Bisher hat man stets übersehen, daß die Regelung der Frage nach dem Eigentum am anvertrauten Gut nur ein accidentale negotii bedeutet, und man hat meist behauptet, der Kommendator habe stets das Eigentum am Kommendagut notwendigerweise behalten[35]. Aber wahrscheinlich war eher das Gegenteil die Regel[36]; dort, wo Geld in Kommenda gegeben wurde, war es jedenfalls ganz unpraktisch, den Kommendator das Eigentum daran behalten zu lassen[37], und auch sonst kann das Eigentum am Kommendagut nicht viel Wert für den Kommendator gehabt haben, wenn sich der Traktator damit weit fort über See befand.

Es scheint aber (und diese Frage darf mit der Eigentumsfrage nicht verwechselt werden), als ob einzelne Rechte das Kommendagut als ein in der Hand des Traktators zu einem wirtschaftlichen Zweck gebundenes Sondervermögen auffaßten, welches daher z. B. nicht für Deliktsschulden des Traktators haftete[38] und das für nicht in Ausführung der Kommenda entstandene Privatschulden des Traktators erst

---

35) Vgl. Endemann, Studien in der römisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre Bd. I S. 369; Silberschmidt, Kommenda S. 85 f., Kumpanie S. 49 ff.; Pappenheim a. a. O. S. 95; Rehme a. a. O. S. 387 Anm. 69; Mollwo a. a. O. S. LXI f.; Kohler a. a. O. § 4; Levin a. a. O. S. 49 ff.; dagegen Goldschmidt S. 265. Aus der Tatsache, daß der Kommendator die Gefahr des anvertrauten Gutes trägt, darf nicht darauf geschlossen werden, er müsse auch das Eigentum daran gehabt haben; denn diese Gefahrtragung gründet sich nicht auf den Satz: casum sentit dominus, sondern auf das obligationenrechtliche Verhältnis zwischen den Kontrahenten; vgl. § 3 unter III.

36) Nach c. usus c. 22 bei Bonaini S. 888 scheint die Regel die zu sein, daß Verfügungen des Traktators immer gültig bleiben, es sei denn, daß er fraudulenter fecerit et qui cum eo contraxerit fraudem fuerit participatus.

37) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 265.

38) Vgl. Hansisches Urkundenbuch Bd. I S. 565; weiter die Urkunden bei Levin a. a. O. S. 50 ff.

nach Befriedigung der Gläubiger des Sondervermögens haftet[39]).

III. Die Gegenleistung des Kommendators besteht, abgesehen davon, daß er dem Traktator gewisse durch Ausführung der Kommenda entstandene Aufwendungen an Kost und Kleidung ersetzen muß[40]), bei der partiarischen Kommenda darin, daß der Traktator eine Quote des gemachten Reingewinns erhält — in Italien meist ein Viertel, die quarta proficui[41]).

Nach Beendigung des Kommendaverhältnisses (s. hierüber IV) hat der Traktator nach den Grundsätzen vom Mandat das, was er an Kommendagut anvertraut erhalten hat, bezw. alles das, was er damit erworben hat, herauszugeben (heute BGB. § 667). Da nun der Traktator dem Kommendator gegenüber bei der Erfüllung seiner Verpflichtung, der Führung und Umsetzung des Gutes, nur für dolus und omnis culpa, nicht aber (im Zweifel) für casus aufzukommen hat, so braucht er das Kommendagut nur in dem Zustande herauszugeben, in dem es sich ohne dolus und culpa seinerseits befindet, und wenn das Kommendagut durch casus vermindert ist, so erfüllt er seine Herausgabepflicht ordnungsmäßig, wenn er es so vermindert herausgibt[42]); insofern kommt es also darauf hinaus, daß der Kommendator die Gefahr des Kommendaguts trägt (der partiarisch entschädigte Traktator trägt sie aber in diesem Sinne auch insofern mit, als die ihm zufallende Quote umso kleiner wird, je weniger Gewinn ge-

39) Statut von Pera c. 211 bei Lastig, Entwickelungswege a. a. O. S. 195; vgl. Weber a. a. O. S. 34—35. Das Sondervermögen ist aber keineswegs ein Gesellschaftsvermögen (vgl. § 4 III 3).

40) Kohler § 6; Mollwo a. a. O. II Nr. 118, 236; c. usus c. 22 bei Bonaini S. 889, 892. Silberschmidt, Kumpanie S. 28; vgl. auch Pappenheim a. a. O. S. 89.

41) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 262; Silberschmidt, Kommenda S. 99.

42) Nach einigen italienischen Statuten ist dabei die Vermutung, daß das Gut durch seine culpa vermindert sei, gegen ihn; vgl. Silberschmidt, Kommenda S. 119.

macht wird; wird gar kein Gewinn gemacht, so erhält er auch gar nichts).

Bei Beendigung des Kommendaverhältnisses muß der Kommendator Rechnung legen[43]). Von dem Reingewinne, der sich als die Differenz zwischen dem Werte des Kommendaguts bei der Herausgabe und dem Werte bei der Anvertrauung darstellt[44]), gehen zunächst die dem Traktator zu ersetzenden Auslagen ab (auf dasselbe kommt es hinaus, wenn es dem Traktator gestattet wird, diese Ausgaben von vornherein mit Kommendagut zu bestreiten, wie dies z. B. c. usus c. 22 tut). Dann zieht sich der Traktator seine Gewinnquote ab, und alles andere muß er herausgeben.

IV. Die Kommenda endet bestimmungsgemäß durch Rückkehr des Traktators von der Seereise, ferner, als ein Mandat, durch den Tod des Traktators (nicht den des Kommendators) und durch Widerruf seitens des Kommendators[45]).

§ 4.

Die beginnende Entwickelung der partiarischen Kommenda zur Kommanditgesellschaft einerseits, zur stillen Gesellschaft andererseits. Die Widerlegung.

Auf die partiarische Kommenda führt sowohl unsere Kommanditgesellschaft als unsere stille Gesellschaft historisch zurück. Die Ursachen, die die Triebfedern dieser Entwickelung waren, sind wirtschaftlicher Natur.

I. Einmal konnten nur große Kapitalisten so viel Kapital an eine einzige Seereise wagen, daß es sich lohnte, für dieses

---

43) Vgl. Silberschmidt a. a. O. S. 117 ff.

44) Deshalb die Urkunden über die Kommendahingabe. Wohl um diese Rechnung zu erleichtern, nahm man auch dort, wo Waren in Kommenda gegeben wurden, oft statt dessen deren Geldwert als in Kommenda gegeben an. Vgl. die Urkunde bei Silberschmidt a. a. O. S. 49, wo dieser Vorgang als Kauf konstruiert wird. Vgl. c. usus c. 22 bei Bonaini II S. 885.

45) Vgl. Silberschmidt, Kommenda S. 95.

Kapital einen Traktator anzunehmen, der sich lediglich mit dem Umsatz dieses Kapitals zu befassen hatte; zweitens aber war auch für den Kapitalisten, der so große Summen in ein Geschäft stecken konnte, das Risiko ein sehr großes: das Schiff konnte z. B. untergehen und dann war alles verloren.

Nun war es ja allerdings von vornherein auch möglich, kleine Kapitalien in Kommenda zu geben; der Kommendatarius, der über See ging, konnte nach den meisten Rechten verschiedene Kommenden mit verschiedenen Kommendatoren eingehen[46]), und auf diese Weise konnte man auch für kleine Kapitalien einen solchen Traktator finden. Aber dabei kam es ursprünglich zu keinem einheitlichen Betrieb dieser Kommenden durch den Traktator; dieser mußte jede Kommenda so führen, als ob er keine andere hätte; er mußte über jede gesondert Rechenschaft legen, hinsichtlich jeder Kommende den einzelnen Anweisungen des Kommendators folgen, und er durfte die einzelnen Kommendagüter nicht vermischen, widrigenfalls ihn der einzelne Kommendator, der das nicht ausdrücklich erlaubt hatte, auf Ersatz etwaigen Schadens in Anspruch nehmen konnte[47]). Das war also ein umständlicher Geschäftsbetrieb für den Traktator, und die Tatsache, daß es für ihn praktisch sehr schwer war, solche verschiedene Kommenden immer auseinanderzuhalten, mag häufig Streitigkeiten zwischen ihm und den einzelnen Kommendatoren herbeigeführt haben.

---

46) Aber wohl dort nicht, wo der Traktator zu einem Kaufmann in dauerndem Abhängigkeitsverhältnis stand, wie dies besonders in Deutschland häufig vorkam; vgl. Silberschmidt, Kumpanie S. 25 ff.

47) Vgl. Renaud a. a. O. S. 15 und die dort Anm. 1—4 zitierten Quellen; Goldschmidt a. a. O. S. 266 und Anm. 108 ebenda; Lastig in dieser Zeitschrift Bd. XXIV S. 403 Anm. 2; Lepa ebenda Bd. XXVI S. 468; vgl. insbes. c. usus c. 22 bei Bonaini S. 885. Die dem Traktator zu ersetzenden Auslagen sollten pro rata auf die einzelnen Kommenden verteilt werden. Vgl. Wagner, Handbuch des Seerechts S. 11; auch dies war praktisch wohl nur schlecht durchführbar.

Das wirtschaftliche Bedürfnis verlangte vielmehr auf der einen Seite die Anhäufung erheblicher und einem gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck dienender Kapitalien in der Hand des Traktators; auf der anderen Seite aber lag es im Interesse des einzelnen Kapitalisten, sich nicht zu stark an dieser Kapitalanhäufung zu beteiligen.

II. Ein Ausgleich zwischen diesen Gegensätzen konnte nun in zweifacher Weise erreicht werden:

1. Es konnten sich mehrere Kapitalisten zusammentun, ihre Kapitalien zusammenlegen und dann dieses Gesamtkapital einem und demselben Traktator zum alleinigen Vertriebe anvertrauen[48]). Hierbei stehen dann zunächst die Kommendatoren zueinander in einem Sozietätsverhältnis im Sinne des römischen Rechts und die Gesamtheit der Kommendatoren steht dem Traktator in einem Kommendaverhältnis gegenüber[49]). Da man aber, wie oben gesagt, stark dazu neigte, das Kommendaverhältnis selber für eine Sozietät anzusehen, kam man leicht dazu, das Kommendaverhältnis in die Kommendatorensozietät hineinzubeziehen und zwischen den einzelnen Kommendatoren und dem Traktator ein einziges, sie alle verbindendes Gesellschaftsverhältnis anzunehmen[50]), das auch durch einen einheitlichen Vertrag eingegangen werden konnte, und in der Tat kann ein solches Rechtsverhältnis in der römischen societas Platz finden.

Diese Entwickelung, die in unserer Kommanditgesellschaft ausläuft[51]), ist hier nicht weiter zu verfolgen.

48) Der Traktator kann dabei zur Gesamtheit der Kommendatoren im Widerlegungsverhältnisse (vgl. § 4 II 2) stehen.

49) Vgl. Renaud a. a. O. S. 15; Urkunden 11 und 12 bei Rehme a. a. O.; Goldschmidt a. a. O. S. 266 Anm. 112; Silberschmidt, Kommenda S. 111; Lastig in dieser Zeitschrift Bd. XXIV S. 405; c. usus c. 22 bei Bonaini S. 890.

50) Vgl. Lastig a. a. O. S. 406.

51) Daß in der Kommendatorensozietät überhaupt ein Anhalt für die spätere Entwickelung gefunden werden könne, hat Goldschmidt, Universalgeschichte S. 269 Anm. 121 mit Unrecht geleugnet. Jenes oben geschilderte Kommendenverhältnis konnte vor allem deshalb

2. Dagegen führt die Entwickelung der stillen Gesellschaft über jene Kommenden, bei denen der einzelne Kommendator (anstatt wie zu 1. erst mit anderen Kommendatoren ein Gesamtkapital zu bilden) sein Kapital dem Traktator wie bei der ursprünglichen Form direkt anvertraut, bei denen er es aber dem Traktator überläßt oder gar zur Pflicht macht, dieses Kommendagut mit anderem Kapital zu einer wirtschaftlichen Einheit zu verschmelzen, wo also die Bildung eines erheblichen einheitlichen Kapitals nicht von den Kommendatoren in die Hand genommen wird, sondern dem Traktator überlassen bleibt. An sich hatte ja der Traktator dem einzelnen Kommendator für den Schaden aufzukommen, den er durch Vermischung des Kommendaguts mit anderem Gut etwa herbeiführte[52]). Hier haben wir nun einfach eine Kommenda, bei der der einzelne Kommendator dem Traktator eine solche Vermischung ausdrücklich gestattet, bei der er ihn also von

---

unter die societas subsumiert werden, weil es (im Gegensatz zur participatio und zur stillen Gesellschaft) nicht, wie die ursprüngliche Kommenda, auf zwei Kontrahenten beschränkt blieb; vielleicht kann man ebensogut sagen, daß man hier eine societas mit einer kommendaähnlichen Gestaltung hat, wie daß man hier eine zur societas gewordene Kommenda hat. Daß die mögliche Zahl der Vertragskontrahenten maßgebend für die Charakterisierung eines Rechtsverhältnisses als Kommanditgesellschaft oder als stille Gesellschaft ist, findet sich deutlich bereits in c. usus c. 22 ausgedrückt; von der Urform der Kommanditgesellschaft heißt es hier bei Bonaini S. 890: Si duo vel plures cum eunte in tassedium societatem communiter fecerint, während der Abschnitt, der die sich zur stillen Gesellschaft entwickelnde Kommenda behandelt (S. 885 mit: Si quis ad portandum u. s. w.), keinen Zweifel darüber läßt, daß es sich hier immer nur um zwei Vertragskontrahenten handeln kann; Anfänge der Kommanditgesellschaft finden wir zeitig auch im deutschen Recht: vgl. revidiertes Lübecker Recht von 1586 lib. III t. IX 1.

52) Vgl. oben Anm. 30, constit. usus c. 22 bei Bonaini S. 885: Si quis quod in mercibus in compagniam portat, ei a quo acceperit ut cum hentica misceatur, convenerit-ceteris sociis nihil praeiudicet: sed totum dampnum quod propter merces ceteri habuerint eis emendare cogatur.

jener Haftung für den durch die Vermischung etwa entstehenden Schaden befreite.

Für das Verhältnis des Traktators zum einzelnen Kommendator kommt es gar nicht darauf an, ob er das Kapital, das er mit dem Gute jenes Kommendators zu einer wirtschaftlichen Einheit (c. usus c. 22 gebraucht dafür den Namen hentica) vermengt, aus eigenem Vermögen nimmt oder ob er es durch Eingehung anderer Kommenden erhält; die charakteristische und noch für unsere stille Gesellschaft entscheidende Tatsache ist die, daß der einzelne Kommendator nur mit dem Traktator, nicht aber mit anderen Kommendatoren desselben Traktators in einem Rechtsverhältnisse steht; so viel Kommendatoren der Traktator hat, in so viel verschiedenen Rechtsverhältnissen steht er zu ihnen [53]).

III. 1. Die partiarische Kommenda, bei der dem einzelnen kapitalgebenden Kommendator ein gleichfalls mit Kapital an demselben Geschäft beteiligter Traktator gegenübertritt (wobei es, wie gesagt, für das Verhältnis zu diesem Kommendator gleichgültig ist, ob der Traktator dies Kapital aus eigenem Vermögen nimmt oder durch Eingehung weiterer Kommenden erhält), begegnet uns schon sehr früh in allen Rechten; sie hieß im islamitischen Recht Schirkat [54]), im italienischen societas maris, seltener compagnia (so in Pisa; c. usus c. 22) collegantia oder auch einfach commenda [55]), im nordischen Recht fèlag [56]), im hansischen Recht societas vera oder recta [57]), kumpanie (offenbar von compagnia), societas mercimonialis seu contraposicio, wedderlegginge [58]). Wir wollen für den Tatbestand dieser Kommendaart der Einheitlichkeit halber den Ausdruck „Widerlegung" gebrauchen.

---

53) Vgl. Lastig a. a. O. S. 402 Anm. 2.
54) Kohler a. a. O. § 7.
55) Vgl. Silberschmidt, Kommenda S. 106 f. Goldschmidt a. a. O. S. 261.
56) Pappenheim a. a. O.
57) So besonders in den Eintragungen bei Rehme.
58) Weitere Bezeichnungen siehe bei Bruns a. a. O. S. CIII.

Die Widerlegung ist eine partiarische Kommenda, bei der der Traktator das ihm vom einzelnen Kommendator anvertraute Gut nicht für sich allein umsetzt, sondern bei der er es, mit anderen Gütern zu einer wirtschaftlichen Einheit vermengt, umsetzt. Wie die partiarische Kommenda eine besondere Spezies der Kommenda schlechthin ist, so ist die Widerlegung also eine besondere Spezies der partiarischen Kommenda; sie findet also innerhalb des Begriffes der partiarischen Kommenda und dann der Kommenda schlechthin vollkommen Platz[59]. Dies kann nicht genug betont werden — denn die Widerlegung ist bisher stets für eine societas oder Gelegenheitsgesellschaft erklärt worden und zwar nicht nur von jenen Schriftstellern, die auch die einfache partiarische Kommenda für eine societas halten[60], sondern auch von Silberschmidt[61], welcher, wie oben gesagt, die rechtliche Natur der einfachen partiarischen Kommenda als erster wirklich klar erkannt hat.

Auch hier sehen wir also wieder die Tendenz, ein partiarisches Rechtsgeschäft für eine societas erklären zu wollen, jene Tendenz, welche noch heute die richtige Erkenntnis des Wesens der stillen Gesellschaft verhindert.

Und auch hier fällt die Verkennung der rechtlichen Natur der Widerlegung nicht sowohl den Quellen zur Last; denn diese wollen, wenn sie die Widerlegung societas nennen, damit durchaus nicht immer sagen, daß der Tatbestand der römischen societas vorliege; sondern die Schuld liegt vor allem an der späteren Literatur, welche nun mit Gewalt die tatsächlichen Rechtsverhältnisse unter den nunmehr technisch gebrauchten Begriff der römischen societas zu pressen versuchte[62].

---

59) Daß die Widerlegung historisch aus der Kommenda hervorgegangen ist, wird allgemein zugegeben.

60) Siehe oben Anm. 24.

61) Kommenda S. 106, Kumpanie S. 37 ff.

62) So auch das Rechtsverhältnis der einfachen partiarischen Kommenda; vgl. Dec. Rotae Gen. 159 und 183 bei Benvenuti

2. Die Widerlegung kann aber nicht unter den Begriff der societas oder unserer Gelegenheitsgesellschaft subsumiert werden, weil sie ursprünglich gar nicht die zu einer solchen Subsumtion erforderlichen Begriffsmerkmale aufwies.

a) Denn bei der Widerlegung ist ursprünglich der Kommendator dem Traktator nicht zur Leistung der Einlage verpflichtet; der Traktator kann den socius stans nicht mit der actio pro socio des römischen Rechts zur Hingabe der Einlage zwingen, und die Kontrahenten verpflichten sich durch den Vertrag nicht, das zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks Erforderliche zu tun. Silberschmidt, Kommenda S. 107 (anscheinend auch in Kumpanie S. 59—60), behauptet zwar, der socius stans sei zur Entrichtung seiner ganzen versprochenen Einlage verpflichtet gewesen; aber zu dieser Behauptung hat er sich offenbar verleiten lassen, weil er eben die Widerlegung für eine societas von vornherein hielt; die einzige Quellenstelle, auf die sich Silberschmidt in Kommenda S. 107 beruft, hat er, wie es scheint, mißverstanden[63]);

Stracchae, Aliorumque clarissimorum iuris consultorum de mercatura u. s. w., Amsterdam 1669.

63) Die Stelle c. usus c. 22 bei Bonaini S. 884 heißt: Non tamen stans capitaneus socius intellegatur nisi nominatim ut capitaneus sit inter eos convenerit. Conventione autem sit facta, si totum quod convenerit tractatori petenti non dederit, socius stans contra voluntatem tractatoris capitaneus esse non possit sed illud quod dedit ante completum tassedium ab eo minime anferre propter ea valeat. Also: im Zweifel ist der Traktator auch nach innen Geschäftsherr; ist aber durch ausdrückliche Parteivereinbarung der Kommendator nach innen Geschäftsherr, so soll er doch, falls er dem Traktator nicht so viel anvertraut hat, als man übereingekommen war, den Traktator nicht willkürlich von der Reise zurückrufen können, sondern er muß ihm so viel, als er ihm bereits anvertraut hat, bis zur Beendigung der Reise lassen: das Widerrufsrecht des Kommendators wird eingeschränkt, so weit er sein Gut bereits anvertraut hat; nicht aber ist von einer Verpflichtung seinerseits zur Hingabe noch nicht anvertrauten Gutes die Rede; man bespricht sich also darüber (convenit), wie viel der Kommendator voraussichtlich in Wider-

ebensowenig sind die von ihm in Kumpanie S. 60 genannten wenigen deutschen Quellenstellen[64]) für die Einlageverpflichtung des Kommendators beweisend. Dagegen ergibt sich aus den Quellen klar, daß bei der Widerlegung die dem socius stans ursprünglich obliegende Gegenleistung nicht in der Leistung der Einlage, sondern in der partiarischen Entschädigung des Traktators durch Überlassung einer Gewinnquote besteht, so daß in der Tat die Widerlegung für eine besondere Art der partiarischen Kommenda erklärt werden konnte. Den besten Aufschluß über die Widerlegung gibt das c. usus c. 22, 23; es läßt keinen Zweifel darüber, daß die ursprüngliche Widerlegung ein Geschäft ist, bei dem die Leistung des einen Kontrahenten in Arbeit besteht (nämlich des Traktators, welcher als socius qui portare debet wiederholt dem Kommendator als dem socius qui tractare non debet gegenübergestellt wird), die Gegenleistung des anderen aber (abgesehen von dem Ersatz der Auslagen)[65]) in der Entrichtung eines

---

legung geben wird und soll; aber er ist eben zur Hingabe nicht verpflichtet und kann dazu nicht gezwungen werden.

64) Die Urkunden bei Nirrnheim, Das Handlungsbuch V. von Geldersen (1895), II 13, II 59 geben überhaupt keinen Anhalt; die Urkunde bei Mollwo a. a. O. S. 84 Nr. 71 a spricht allerdings von einem promittere der Hingabe des Kommendaguts, und es ist möglich, daraus auf eine rechtliche Verpflichtung der Hingabe zu schließen. Die Urkunde stammt aber aus dem Jahre 1360, und daß es später zu einer Verpflichtung des Kapitalisten zur Hingabe des in Widerlegung versprochenen Gutes kam, wird hier nicht bestritten (siehe § 5 unter II 2); geleugnet wird hier nur, daß eine solche Verpflichtung von Anfang an der Widerlegung eigentümlich war.

65) Vgl. oben § 3 unter III. Auch dieser nach Mandatsgrundsätzen erfolgende Auslagenersatz hindert daran, die Widerlegung für eine societas anzusehen; daß es sich hier wirklich um einen nach Mandatsgrundsätzen erfolgenden Ersatz der Auslagen handelt, welche der Traktator und so weit er sie um der im Interesse des Kommendators erfolgenden Geschäftsführung halber macht (heute § 670 BGB.), geht klar hervor aus c. usus, insbesondere aus einem Vergleiche von S. 889 bei Bonaini II mit S. 892; der Traktator, der das Kommendagut im Verlauf einer Reise umsetzen soll,

partiarischen Arbeitslohnes, wie dies bei der oben skizzierten einfachen partiarischen Kommenda der Fall ist. S. 885 bei Bonaini sagt c. usus c. 22 für die partiarische Kommenda ganz allgemein: Si quis ad portantum in compagniam aliquid alicui dederit quartam lucri partem si non aliud convenit solummodo habeat qui portaverit; Grundsatz für die partiarische Kommenda schlechthin ist also: der Traktator erhält für seine Arbeit ein Viertel des mit dem fremden Kapital gemachten Gewinnes als Lohn für seine Arbeit. Wenn nun die obige Behauptung, die Widerlegung sei nur eine besondere Art der partiarischen Kommenda, richtig ist, dann muß dieser allgemein für die partiarische Kommenda geltende Grundsatz auch für die Widerlegung gelten; und das ist in der Tat der Fall. Bei Bonaini S. 884 sagt c. usus von einer Widerlegung: In societate facienda inter stantem et in aliquod tassedium euntem, si stans duas partes tractator vero tertiam sive de suo sive de alieno miserit — lucrum, si non aliud convenit, sit commune damnum pro rata; und diese Gewinnverteilung basiert auf jenem oben für die partiarische Kommenda schlechthin ausgesprochenen Grundsatz; vom Gesamtkapital gibt nämlich der Kommendator zwei Drittel; also erscheinen auch zwei Drittel des Gesamtgewinns als Frucht des Kapitals jenes Kommendators; nun erhält der Traktator ein Viertel des mit dem fremden Kapital gemachten Gewinnes, das ist also $\frac{2}{3} \cdot \frac{1}{4} = \frac{1}{6}$ des Gesamtgewinns als Lohn für seine Arbeit; und so erhält er, da

---

bekommt die Auslagen für Kleidung und Nahrung während der Reise ersetzt, weil diese durch die Kommendareise entstehen; derjenige, der an Ort und Stelle das anvertraute Gut verwerten soll, erhält in der Regel gar nichts ersetzt; denn seine persönlichen Ausgaben werden hier durch Übernahme der Kommenda nicht erhöht; muß er aber eine Geschäftsreise machen, so ist die Auslage für Nahrung während dieser Reise zu ersetzen, nicht aber die für Kleider, vermutlich weil der Traktator für eine solche kurze Reise keine besonderen Kleider anzuschaffen braucht.

ihm ein Drittel des Gesamtgewinns als Frucht des eigenen Kapitals zufällt, $\frac{1}{3} + \frac{1}{6}$, das ist eben die Hälfte des Gesamtgewinnes; der Verlust infolge von casus, den dort, wo der Kommendator das ganze Kapital allein hergibt, auch der Kommendator allein trägt, wird hier pro rata getragen, also vom Kommendator mit zwei Drittel des Gesamtverlustes. Daß es sich hier bei dieser Übereinstimmung zwischen der Gewinn- und Verlustverteilung bei der Widerlegung und der betreffenden Verteilung bei der partiarischen Kommenda schlechthin nicht um einen Zufall handelt, ergibt sich aus c. usus c. 23 bei Bonaini II S. 898; hier wird für die compagnia de terra, also für die partiarische Landkommenda, bestimmt, daß der Traktator, wenn der Kommendator das ganze Kapital hergibt, ein Drittel des Gewinns bekommen soll; gibt aber der Kommendator drei Viertel, der Traktator ein Viertel des Gesamtkapitals, so erhält der Traktator die Hälfte des Gesamtgewinnes. Auch hier setzt sich diese Gewinnhälfte des Traktators zusammen aus dem Viertel, das er als Frucht seines Kapitals erhält, und aus dem $\frac{1}{3} . \frac{3}{4} = \frac{1}{4}$ des Gesamtgewinns, das er als Lohn für seine Arbeit, soweit sie im Interesse des Kommendators geschieht, erhält.

Eine „Einlageverpflichtung" des Kommendators konnte bei der Widerlegung ursprünglich schon deshalb nicht bestehen, weil zunächst auch die Widerlegung als eine Art der Kommenda vom Kommendator jederzeit widerrufen werden konnte, also auch vor Hingabe der Einlage[66]); daß diese freie Widerruflichkeit ursprünglich bestand, ergibt sich daraus, daß c. usus c. 22 z. B. sie durch ausdrückliche Bestimmungen einschränkt; und zwar geht der Grundsatz des c. usus im allgemeinen dahin, daß der socius stans die Rückgabe des einmal anvertrauten Guts nicht zur Unzeit verlangen dürfe[67]);

66) Vgl. c. usus c. 22; vgl. Hansisches Statut von 1417 bei Bruns a. a. O. S. CV Anm. 1.

67) Vgl. die oben Anm. 63 zitierte Stelle aus c. usus c. 22.

für die Zeit vor der Hingabe besteht also die freie Widerruflichkeit noch, und damit ist eine „Einlageverpflichtung" des socius stans unverträglich [68]).

b) Die Widerlegung wird auch sonst noch gleich der gewöhnlichen partiarischen Kommenda wie ein Mandat und nicht wie eine societas behandelt; sie endigt z. B. nicht mit dem Tode des Kommendators [69]); der Traktator kann auch dem Kommendator ganz abhängig wie ein Mandatar gegenüberstehen, wenngleich dies bei der Widerlegung anders als bei der gewöhnlichen partiarischen Kommenda nicht mehr die im Zweifel Platz greifende Regel ist (vgl. unten § 5 II 1).

c) Über die Tatsache, daß bei der Widerlegung und

---

68) Im c. usus c. 22 heißt es S. 888 bei Bonaini von einem speziellen Fall, in dem der Kommendator den Traktator nicht in den Besitz des anzuvertrauenden Gutes bringt, der Kommendator solle ihm „damnum quod (tractator) inde habet et proficuum pront de eo quod portat per libram haberet" ersetzen; man darf wohl annehmen, daß dieser Grundsatz allgemein dort gegolten hat, wo der Kommendator dem Traktator die Erfüllung seiner Pflicht (Umsatz des anvertrauten Gutes) unmöglich machte, also auch dort, wo er die Widerlegung grundlos widerrief, bevor er das Gut anvertraut hatte. Mit Begriffen des heutigen Rechts gerechnet, ist die hier dem Kommendator auferlegte Leistung nicht eine Schadensersatzleistung wegen Nichterfüllung der Einlageverpflichtung (so scheint Goldschmidt a. a. O. S. 261 Anm. 89a sie aufzufassen); denn eine solche Verpflichtung besteht eben nicht; sondern die hier vom Kommendator zu machende Leistung ist seine ihm aus dem Vertrage obliegende Gegenleistung, die partiarische Belohnung des Traktators. Zu dieser Leistung bleibt der Kommendator verpflichtet, wenn er dem Traktator schuldhaft durch Nichtanvertrauung die Erfüllung seiner (des Traktators) Leistung unmöglich macht. Da aber hier der Traktator mit dem nicht anvertrauten Kapital auch keinen Gewinn machen kann, kann diese Gegenleistung des Kommendators hier nicht anders festgestellt werden, als durch Berechnung des Gewinns, den der Traktator hätte voraussichtlich machen können.

69) Silberschmidt, Kommenda S. 95, 96, Kumpanie S. 63, 64; indirekt ermöglichen den Schluß Nr. 2 Abs. 4 S. 153, Nr. 8 Abs. 4 S. 157, Nr. 59 S. 199 bei Bruns a. a. O.

bei der stillen Gesellschaft begrifflich nur zwei Vertragskontrahenten vorhanden sein können, vgl. unten § 7 II.

3. Das Eigentümliche der Widerlegung ist, wie mehrfach gesagt, daß bei ihr der Traktator das Kapital des Kommendators mit anderen Kapitalien zu einer wirtschaftlichen Einheit vermengt. Wie steht es aber mit den rechtlichen Verhältnissen in Bezug auf dies Gesamtkapital? Bisher ist stets behauptet worden, es entstehe hier ein „Gesellschaftsvermögen" [70]), eine Behauptung, die hier schon darum zurückgewiesen werden muß, weil hier bestritten wird, daß die Widerlegung eine „Gesellschaft" sei.

Was zunächst die Frage nach dem Eigentum an den einzelnen Gegenständen, die zu jenem wirtschaftlich einheitlichen Gesamtvermögen gehören, anlangt, so bedeutet sie hier bei der Widerlegung ebenso wie bei der gewöhnlichen partiarischen Kommenda nur die Frage nach einem accidens negotii; die Kontrahenten können diese Frage beliebig regeln. Im Zweifel pflegte wohl auch hier wie bei der einfachen partiarischen Kommenda die „Einlage" in das Alleineigentum des Traktators überzugehen [71]); ein Miteigentum zwischen Traktator und Kommendator bezw. Kommendatoren entstehen zu lassen war wohl nur dort praktisch, wo die Kommendatoren zueinander in einer societas und so geschlossen dem Traktator gegenüberstanden (also bei der Urform der Kommanditgesellschaft), nicht aber dort, wo die Kommendatoren in gar keiner Beziehung zueinander standen.

Nicht ist freilich mit alledem die Frage beantwortet, ob das durch die Widerlegung entstehende wirtschaftlich einheit-

---

70) Silberschmidt, Kommenda S. 106, Kumpanie S. 51; Rehme a. a. O. S. 388 f.; Mollwo a. a. O. S. LII; Bruns a. a. O. S. CIII.

71) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 265; Silberschmidt, Kommenda S. 90; Nr. 71a S. 84 bei Mollwo a. a. O.; Nr. 15 S. 160 bei Bruns a. a. O. Hier steht dann wie dies heute bei unserer stillen Gesellschaft regelmäßig der Fall ist, der Kommendator dem Traktator lediglich als Gläubiger gegenüber.

liche Kapital nicht auch rechtlich ein Sondervermögen habe sein können. Schon oben (§ 3 II) war gesagt, daß in einzelnen Quellen das in Kommenda gegebene Gut als ein Sondervermögen angesehen wird, insofern als es zunächst für in Ausführung der Kommenda entstandene Schulden, in letzter Linie erst für Privatschulden des Traktators haftete. Gleiches gilt auch für die Widerlegung, für welche besonders noch c. usus c. 5 bei Bonaini II S. 839 Anm. 2 [72]) bedeutungsvoll ist. Selbst wenn aber hier die hentica wie ein Sondervermögen behandelt wird, so ist darum noch nicht die bisher hierzu aufgestellte Behauptung [73]) richtig, es handle sich hier um die Bildung eines Gesellschaftsvermögens; denn durchaus nicht jedes Sondervermögen braucht ein Gesellschaftsvermögen zu sein [74]); von einem solchen kann man doch nur dort reden, wo das Sondervermögen einer Gesellschaft ge-

---

72) Si vero inter socios societatis maris vel terrae et creditores alios de bonis socii questio fuit, socii in rebus societatis aliis creditoribus, qui non sint creditores eiusdem henticae licet creditores sint priores tempore preferantur; in aliis vero bonis secundum ordinem iuris ordinantur.

73) Goldschmidt a. a. O. S. 269 Anm. 121; Weber S. 31 ff.; Wagner, Handbuch des Seerechts S. 12, welch letzterer mit Unrecht annimmt, das oben zitierte c. usus c. 5 wolle den einzelnen socius (commendator) gegen den Gläubiger eines anderen Kommendators schützen; der Gedanke, daß überhaupt ein Gläubiger eines Kommendators auf die hentica greifen könnte, liegt jener Stelle völlig fern. Was Rehme a. a. O. S. 385 für die Bildung eines Gesellschaftsvermögens anführt, hält meines Erachtens einer näheren Prüfung nicht stand.

74) Besonders der kaufmännische Verkehr neigt sehr dazu, überall dort, wo ein Kapital zu einem dauernden wirtschaftlichen Zweck arbeitet, ein auch rechtlich selbständiges Sondervermögen anzunehmen; der Kaufmann hält rechnerisch seine persönlichen Forderungen und Schulden von denen seines Geschäfts streng auseinander; mehrere Geschäfte eines und desselben Kaufmanns schließen miteinander Rechtsgeschäfte ab u. s. w.; es kommt hier schließlich bloß darauf an, wie sich die jeweilige Gesetzgebung zu diesen Bestrebungen zur Bildung von Sondervermögen stellt; die oben genannten mittelalterlichen Rechte waren ihnen günstiger als unser heutiges Recht.

hört; in dem oben zitierten c. usus c. 5 werden aber ausdrücklich die socii, die Kommendatoren mit den aliis creditores in eine Linie gestellt, und es ist von den bonis socii (des Traktators), nicht den bonis societatis die Rede. Hier zum mindesten erscheint also die hentica als ein Sondervermögen in der Hand lediglich des Traktators.

In der Geschichte der stillen Gesellschaft ist späterhin von einem Sondermögen nichts mehr zu merken (dagegen ist diese Bildung eines Sondervermögens für die Kommanditgesellschaft bedeutungsvoll geworden; hier, wo man die Anschauung, die Kommendatoren und der Traktator seien socii, innerhalb einer Sozietät erfolgreich durchführen konnte, wo man diese Personen zu Miteigentümern der Gegenstände machte, welche zu dem durch die Kommendaeinlagen und Widerlagen entstehenden, wirtschaftlich einheitlichen Gesamtkapital gehörten [75]), hier wurde dann so auch wirklich jenes oben besprochene Sondervermögen ein Gesellschaftsvermögen; auf diese Entwickelung ist indessen hier nicht näher einzugehen).

Die Widerlegung ist, unter Begriffe des heutigen Rechts gebracht, um dies nochmals zu sagen, keine Gesellschaft, sondern wie die ursprüngliche Kommenda bedeutet sie ein Werkvertragsverhältnis mit Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB.).

§ 5.

Die Umgestaltung der Widerlegung zur participatio.

I. Oben ist ausgeführt worden (§ 4 I), daß es wirtschaftliche Bedürfnisse waren, welche die Herausbildung der Widerlegung als einer besonderen Art der partiarischen Kommenda hervorriefen. So ist auch die weitere Umformung der partiarischen Kommenda zu unserer stillen Gesellschaft auf wirtschaftliche Verhältnisse zurückzuführen.

---

75) Vgl. oben § 4 I, II 2.

Wirtschaftlich war die Kommenda wohl meist ein Arbeitsgeschäft: das Kapital sucht die Arbeit und nimmt sie in seinen Dienst[76]). Unsere stille Gesellschaft dagegen ist in den weitaus meisten Fällen[77]) Kapitalgeschäft; der arbeitende Kaufmann sucht das Kapital des Kapitalisten zur Vergrößerung seines Betriebes. Wie schon erwähnt, hat Lastig daraus den Schluß ziehen wollen, die stille Gesellschaft als „einseitige Kapitalgesellschaft" habe historisch mit der Kommenda der „einseitigen Arbeitsgesellschaft" gar nichts zu tun, sondern beides seien grundsätzlich zu trennende Rechtsinstitute. Einmal ist diese allzu scharfe grundsätzliche Gegenüberstellung von „Arbeitsgeschäft" und „Kapitalgeschäft" mit Recht von mehreren Seiten getadelt worden[78]); ferner aber hat Lastig übersehen, daß gerade die partiarische Kommenda infolge ihres eigentümlichen Tatbestandes dazu geeignet ist, wirtschaftlich auch als Kapitalgeschäft zu funktionieren; denn die Gegenleistung des Kommendators besteht wohl bei der einfachen partiarischen Kommenda und bei der Widerlegung ursprünglich nicht etwa in der Leistung der Einlage, sondern in der Leistung des partiarischen Lohnes; aber trotzdem kam doch der Traktator in den Besitz des Einlagekapitals gerade infolge des Kommendaverhältnisses; und so wird die partiarische Kommenda und insbesondere die Widerlegung dort zum Kapitalgeschäft, wo der Traktator sich um den Abschluß des Geschäftes bemüht, um in den Besitz des Kapitals des Kommendators zu gelangen; man kann wohl annehmen, daß die Widerlegung von Anfang an fast ebenso oft Kapitalgeschäft wie Arbeitsgeschäft war, und bereits gegen Ende des Mittelalters war sie in den weitaus meisten Fällen Kapitalgeschäft,

---

76) Vgl. Wagner a. a. O. S. 14.

77) Vgl. aber RG. XLVI S. 112 ff.; die hier behandelte stille Gesellschaft scheint mehr ein Arbeitsgeschäft als ein Kapitalgeschäft zu bedeuten.

78) Von Silberschmidt, Kommenda S. 102 ff. Weber a. a. O. S. 52 ff. Goldschmidt a. a. O. S. 260 Anm. 88a. Gierke in dieser Zeitschrift Bd. XXVII S. 607 f.

eine wirtschaftliche Entwickelung, bei der auch das Wucherverbot eine ziemliche Rolle gespielt hat[79]).

Diese Veränderung der wirtschaftlichen Bedeutung der partiarischen Kommenda führte vornehmlich ihre rechtliche Umgestaltung zu unserer stillen Gesellschaft herbei; hinzu kommt auch noch das Aufkommen der Landkommenda.

II. 1. Oben § 3 II war ausgeführt, daß bei der ursprünglichen einfachen partiarischen Kommenda im Zweifel der Kommendator nach innen hin Geschäftsherr war; wenn der Vertrag dem Traktator nicht ausdrücklich eine freiere Stellung einräumte, so mußte er im einzelnen allen Anordnungen des Kommendators, die Ausführung der Kommenda betreffend, folgen. Dies ist verständlich, wenn man bedenkt, daß hier der eine Kommendator das ganze Kapital zu dem Geschäft hergab und daß darum der Traktator bei Ausführung der Kommenda auch ganz überwiegend (nämlich abgesehen von seiner partiarischen Beteiligung) im Interesse jenes Kommendators handelte. Anders mußte das Verhältnis schon bei der Widerlegung werden, wo der einzelne Kommendator nur einen Teil der hentica hergab. Wenn hier der Traktator mit Mitteln der hentica, die ja eine wirtschaftliche Einheit ist, Geschäfte macht, so handelt er

79) Das Wucherverbot hat nicht etwa die Kommenda geschaffen; denn diese ist weit älter als jenes; aber es hat in der Tat die Entwickelung der partiarischen Kommenda zu einem Kapitalgeschäft in wirtschaftlicher Hinsicht, zur stillen Gesellschaft in rechtlicher Hinsicht erheblich gefördert; zum Ersatz des verzinslichen Darlehens bediente man sich, wie c. usus c. 24 und 26 zeigen, schon frühzeitig einer partiarischen Kommenda bezw. Widerlegung, bei der der Traktator einen Mindestgewinn garantierte, wie dies auch häufig bei der stillen Gesellschaft vorkommt; wie c. usus c. 24 und 26 lehren, war aber jene Garantie nur von beschränkter Wirksamkeit, und zwar infolge zwingender Rechtssätze, die den Schutz des Traktators bezweckten; dieser brauchte z. B. nicht voll für den garantierten Gewinn aufzukommen, wenn es infolge von vis maior nicht zum Gewinn gekommen war. Wagner a. a. O. S. 10 glaubt mit Unrecht, in c. usus c. 24 und 26 werde das Seedarlehen behandelt.

dabei immer nur zum Teil im Interesse jenes Kommendators, zum anderen Teil vielleicht im eigenen Interesse oder im Interesse anderer Kommendatoren; demgemäß darf hier der einzelne Kommendator jene leitende Stellung nicht mehr beanspruchen; c. usus c. 22 bei Bonaini II S. 884 versagt sie ihm in dubio bereits für den Fall, daß er zwei Drittel der hentica gegeben hat; für die Landkommenda gibt c. usus c. 23 bei Bonaini S. 898 die Bestimmung, daß der Traktator si sine consilio presentis socii bottegam vel domum intrare voluerit facere possit; er hat also im Zweifel die Befugnis, die Verwendung des Kapitals beliebig zu bestimmen, es sei denn, daß das Kapital lediglich zur Verwertung in nominata domo vel bottega hingegeben ist. Je kleiner das vom einzelnen Kommendator anvertraute Gut im Verhältnis zur hentica ist, umso geringer wird auch im einzelnen Fall der Einfluß des Kommendators auf die Geschäftsführung sein, und das Anvertrauen kleiner Kapitalien wurde umso häufiger mit dem Aufkommen der Landkommenda und je mehr die Widerlegung im Verkehr für ein Kapitalgeschäft angesehen wurde, dessen man sich z. B. auch häufig zur Anlage von Mündel- und Nachlaßgeldern bediente [80]).

In unserer stillen Gesellschaft ist diese Entwickelung vollendet [81]); bei jener besteht wie bei der Kommenda die allgemeine Verpflichtung des Geranten, das anvertraute Kapital möglichst gewinnbringend im Handel anzulegen; aber während bei der Kommenda der Traktator im Zweifel alle die Geschäftsführung im einzelnen betreffenden Anordnungen zu befolgen hatte, ist bei der stillen Gesellschaft dies im Zweifel nicht der Fall [82]).

---

80) Vgl. Goldschmidt S. 266 Anm. 113.

81) Für die participatio, das italienische Original unserer stillen Gesellschaft, betonen die Dec. Rotae Gen. a. a. O. bereits mehrfach die grundsätzliche Unabhängigkeit des Geranten bei der Geschäftsführung. Dec. XIV 58, 68, 69, 83.

82) Vielfach wird aber angenommen, daß der Gerant vor einzelnen besonders wichtigen Geschäften die Einwilligung des stillen Gesell-

2. Bei der einfachen partiarischen Kommenda und weiterhin auch zuerst noch bei der Widerlegung bestand, wie oben gesagt, keine Verpflichtung des Kommendators „zur Leistung der Einlage". Hatte man auch in einem vorhergehenden Vertrage festgesetzt, was und wieviel der Kommendator anvertrauen sollte, so konnte er doch, schon infolge seines Widerrufsrechtes, nicht zu dieser Anvertrauung gezwungen werden; sondern der Traktator konnte, falls der Kommendator die Anvertrauung verweigerte, nur die Gewinnquote, die ihm im Falle der Anvertrauung vermutlich zugefallen wäre, als die ihm zukommende Gegenleistung verlangen. Je mehr nun aber die Widerlegung Kapitalgeschäft wurde, je öfter sie also im einzelnen Fall der Traktator nicht sowohl deshalb einging, um für seine Arbeit partiarisch entschädigt zu werden, als vielmehr, um in den Besitz des Kapitals zu kommen, umsomehr mußte man dazu gelangen, die der Leistung des Traktators entsprechende Gegenleistung des Kommendators nicht sowohl in der Zahlung des partiarischen Lohnes als vielmehr in der Anvertrauung, der Hingabe des Kapitals selbst zu sehen; und umsomehr mußte den Traktatoren im allgemeinen daran liegen, daß einmal das Widerrufsrecht des Kommendators eingeschränkt wurde und daß weiterhin der Kommendator zur Hingabe des anzuvertrauenden Gutes rechtlich verpflichtet wurde; dementsprechend versuchte also im einzelnen Fall der Traktator durch ausdrückliche Vertragsbestimmung das Widerrufsrecht des Kommendators einzuschränken und dessen „Ein-

---

schafters einholen müsse: Renaud, Das Recht der stillen Gesellschaft u. s. w. (1885) S. 134; Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts § 93 III; ferner die die stille Gesellschaft betreffenden Dissertationen von Mitscher (Würzburg 1903) S. 33; von v. Borch (Rostock 1901) S. 57; Kästner (Breslau 1904) S. 14; v. Hövel (Leipzig 1903) S. 37; Franck (Leipzig 1902) S. 40 bis 41. Für die participatio vgl. Dec. Rotae Gen. XIV 89. Diese Mitwirkung des stillen Gesellschafters bei ungewöhnlichen Geschäften wird mit Recht abgelehnt von Band (Dissert. Dillenburg (1895) S. 37; Karl Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts § 67 V.

lageverpflichtung" zu statuieren[83]). Was das Widerrufsrecht anlangt, so geht — wie oben Anm. 63 gesagt — bereits die dispositive Bestimmung des c. usus c. 22 dahin, daß der Kommendator die Hingabe des einmal anvertrauten Gutes nicht zur Unzeit solle widerrufen dürfen; erst bedeutend später ist man wohl dazu gelangt, auch in dubio eine Verpflichtung des Kommendators zur Anvertrauung des Kommendaguts anzunehmen[84]). Erleichtert wurde sicherlich diese Entwickelung durch jene allgemein geltende Auffassung, welche in der Widerlegung eine societas sah; zumal als man dann später die Widerlegung als eine römische societas zu konstruieren suchte, konnte man dies gar nicht, ohne dem Traktator die actio pro socio auf Leistung der Einlage zu geben (die ihm ursprünglich versagt war). Für unsere stille Gesellschaft ist die Einlageverpflichtung des stillen Gesellschafters ein essentiale negotii (vgl. unten Anm. 108), während sie, wie oben gezeigt, für die Widerlegung ursprünglich im Zweifel nicht bestand.

3. Bei der partiarischen Seekommenda und Widerlegung erfolgte die Hingabe des anvertrauten Gutes immer zum Umsatz durch ein einzelnes Geschäft bezw. mehrere einzelne Geschäfte; der Traktator führte das Gut über See, setzte es dort vertragsmäßig um, und das ganze Kommendaverhältnis fand mit seiner Rückkehr von der Reise eine naturgemäße Erledigung.

Zu einer Beteiligung am fremden Handels**gewerbe** wird die Widerlegung erst, als sie sich, ursprünglich ein ausschließliches Seehandelsgeschäft, später dann auch auf dem Lande einbürgert[85]). Nun konnte ja allerdings auch auf

---

83) Als ein ziemlich frühes Beispiel kann vielleicht die oben Anm. 64 bereits erwähnte Urkunde 71 a bei **Mollwo** S. 84 dienen.

84) Vgl. Dec. Rotae Gen. a. a. O. XIV 91; es ist schwer nachzuweisen, wo sich im Einzelnen diese Entwickelung zuerst vollzogen hat.

85) Vgl. Nr. 36 bei **Rehme** a. a. O.; Statut von Medebach bei **Silberschmidt**, Kumpanie S. 6—7; vgl. auch c. usus c. 23 S. 900.

dem Land Gut in ähnlicher Weise wie zur See anvertraut werden, also zum Umsatz im Verlauf einer Landreise [86]). Aber das Führen von Gut über Land auf kleinere Strecken war nicht recht lohnend und der Karawanenbetrieb in größerem Stil hat sich im Abendlande nie recht eingebürgert (abgesehen vielleicht vom nordeuropäischen Verkehr mit Rußland). Aus diesen Gründen hat die Kommenda im Binnenland nicht sowohl als Anvertrauung von Gut zum Umsatz durch ein einzelnes Geschäft, wie vielmehr als Anvertrauung zur Verwertung in einem Handelsgewerbe Bedeutung erlangt; damit ergab sich weiterhin für die Parteien auch die Notwendigkeit, das Rechtsverhältnis für eine bestimmte Zeit einzugehen [87]), wie wir dies bei unserer stillen Gesellschaft sehen, da ja der Betrieb des Handelsgewerbes aus sich heraus nicht zu einem naturgemäßen Abschluß führt (anders als die Seekommenda); und die Rechnungslegung, die bei der Seekommenda vom Traktator bloß einmal, nämlich nach der Rückkehr von der Reise, vorgenommen wurde, fand jetzt in regelmäßig wiederkehrenden Zwischenräumen statt [88]). Während die Seekommenda nach heutigen Begriffen einen Werkvertrag mit Geschäftsbesorgung bedeutet, muß man die Landkommenda für einen Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung ansehen [89]).

§ 6.

Die weitere Geschichte der stillen Gesellschaft bis zum Handelsgesetzbuch von 1897.

I. So ist die partiarische Widerlegung allmählich in die Form unserer stillen Gesellschaft hineingewachsen; indem (um die besondere Entwickelung der stillen Gesellschaft als einen

86) Vgl. insbes. Silberschmidt, Kommenda S. 138.

87) Vgl. die Urkunden bei Silberschmidt S. 133 ff.; c. usus c. 23 bei Bonaini II S. 898.

88) Vgl. c. usus c. 23 a. a. O. Dec. Rotae Gen. a. a. O. XIV 64.

89) Vgl. unten Anm. 107.

Einzelfall allgemeinen Geschehens hinzustellen) einmal Rechtstatsachen, die ursprünglich accidentalia negotii waren, essentialia negotii wurden (z. B. die rechtliche Verpflichtung des Anvertrauenden zur Hingabe des Guts; die Verpflichtung des Geranten, dieses in ein Handelsgewerbe zu verwenden), andererseits ein dispositives naturale negotii in sein Gegenteil verkehrt wurde (die Verpflichtung des Traktators, allen einzelnen Anweisungen des Kommendators nachzukommen). Die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs zeigt freilich in ihrer rechtlichen Form noch einige vom Gesetz geschaffene Besonderheiten (vgl. unten § 7 III).

Im allgemeinen finden wir aber das Rechtsverhältnis mit dem Tatbestand unserer stillen Gesellschaft bereits im 15. Jahrhundert unter dem Namen participatio in Italien vor; es ist fraglich, ob sich in Deutschland die im vorigen Paragraphen geschilderte Weiterentwickelung der Widerlegung auch selbständig vollzogen hat oder ob nicht vor ihrer Beendigung die in Italien schon fertig gewordene participatio rezipiert wurde; die Frage könnte auch nach den eingehendsten Quellenforschungen wohl immer nur mit einiger Wahrscheinlichkeit in diesem oder jenem Sinne entschieden werden; hier kann sie ohne Schaden unbeantwortet bleiben, zumal es ganz unerheblich ist, ob wir in dem Tatbestand unserer stillen Gesellschaft das Produkt der italienischen Rechtsbildung selbst oder aber einer zu ihr parallel laufenden deutschen Entwickelung zu verstehen haben. Auf die participatio braucht hier nicht weiter eingegangen werden [90]); unsere stille Gesellschaft gleicht ihr bis auf einige vom Gesetz geschaffene Besonderheiten wie gesagt vollkommen.

II. Hat sich so seit dem 15. Jahrhundert der Tatbestand des Rechtsverhältnisses nicht erheblich verändert, so ist andererseits seine Dogmengeschichte seitdem umsomehr bereichert

---

90) Eingehende Bemerkungen über die participatio finden sich bei Lastig in Endemanns Handbuch I S. 712 f. und (weniger sorgfältig) bei Renaud, Stille Gesellschaft S. 6 f.

worden — bereichert freilich nicht durch wertvolle Einsichten, sondern durch falsche Konstruktionsversuche und doktrinelle Irrtümer [91]).

Bestimmend für die Auffassung, die man der participatio zu teil werden ließ, war die beginnende Entwickelung unserer heutigen offenen Handelsgesellschaft; das Kennzeichen dieser sich entwickelnden Gesellschaftsform ist ein dem römischen Recht fremdes Prinzip: die Solidarhaft der socii für die Sozietätsschulden [92]). Diesem Prinzip gegenüber, das man vielleicht gerade seiner Neuheit wegen sehr betonte und das man bald nicht nur einer besonderen Gesellschaftsart, sondern der Gesellschaft überhaupt zuschrieb, mußte es nun besonders auffällig erscheinen, daß bei der participatio, welche ja auch allgemein für eine Gesellschaft galt [93]), der particeps immer nur höchstens seine Einlage verlieren kann; und indem man unhistorischerweise die participatio unter die Gesichtspunkte der offenen Handelsgesellschaft zu bringen versuchte, erklärte man sie für eine Gesellschaft, bei der der particeps nicht in solidum, sondern pro rata und weiterhin nicht illimitiert, sondern limitiert haftet, und zwar behauptete man hierbei bald, er hafte den Gläubigern des Geranten direkt, bald behauptete man das Gegenteil [94]). Diese Auffassung beherrscht unverkennbar auch die deutschen Rechtsquellen des 15. und 16. Jahrhunderts [95]).

---

91) Das Material zu der folgenden Darstellung ist in der Hauptsache den Werken Endemanns, Studien S. 360 ff., Lastigs in Endemanns Handbuch S. 716 ff. und Renauds, Kommanditgesellschaft S. 27—53, Stille Gesellschaft S. 22—43 entnommen.

92) Eingehend hierüber vor allen Adler, Zur Entwickelungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts, Berlin 1895, S. 40 ff.

93) Die Dec. Rotae Gen. a. a. O. verwenden aber den Sozietätsbegriff mit einer der Feinfühligkeit dieser Juristen alle Ehre machenden Einschränkung, cf. Dec. XIV 22, XXXIX 6—7.

94) Dec. XXXIX 9—10 und XLVI 3 a. a. O. verneinen richtigerweise die direkte Haftung.

95) Auszüge sind zitiert bei Lastig in Endemanns Handbuch I S. 716 f.

Aus dieser Zeit stammt auch der Name unserer stillen Gesellschaft, (glücklicherweise) das einzige, was ihr (und auch dies noch „leider") aus jener Zeit heute noch anhaftet. Eine Bologneser Provision von 1583 [96]) gebraucht zuerst für das bisher participatio oder societas per modum participationis genannte Rechtsverhältnis die Bezeichnung compagnia secreta, wahrscheinlich, wie Lastig a. a. O. mit Recht sagt, deshalb, weil es auffallend erschien, daß (anders als ein offener Handelsgesellschafter) der particeps auf dem Titel der gewöhnlichen Geschäftsbücher gar nicht vorkommt, sondern nur als Gläubiger in den Büchern erscheint. Die neue Bezeichnung wird auch in Deutschland aufgenommen, und im 18. Jahrhundert wird der ehemalige particeps, der „zu Gewinn und Verlust einlegende", bereits allgemein socius secretus, socius tacitus, heimlicher oder stiller Gesellschafter genannt; er erscheint also jetzt im Gegensatz zum offenen Handelsgesellschafter als ein unsolidarisch und limitiert haftender und nach außen hin nicht hervortretender Sozius.

Bald kommt man nun (wiederum weil man ganz unhistorisch vorgeht) dazu, jene beiden Tatsachen, das „Nicht an die Öffentlichkeit treten" des stillen Gesellschafters einerseits und seine unsolidarische und limitierte Haft andererseits, in einen inneren Zusammenhang zu bringen, und der stille Gesellschafter erscheint nunmehr als ein Sozius, der das Privileg der nicht solidarischen und limitierten und zwar direkten oder indirekten Haftung hat, weil und wenn er nicht öffentlich als „Gesellschafter" hervortritt [97]); daraus geht als Konsequenz der (noch im Allg. D. HGB. Art. 257 nachwirkende) Satz hervor, daß der stille Gesellschafter jenes Privileg verliert, wenn er offenkundig als Gesellschafter auftritt.

Es ist verständlich, daß man die so konstruierte stille Gesellschaft nicht von der in Frankreich fertig ausgebildeten

---

96) Zitiert bei Lastig a. a. O.

97) Cf. Dec. Rotae Gen. a. a. O. XIV 120 a. E.

und im 18. Jahrhundert von dort eindringenden Kommanditgesellschaft begrifflich zu unterscheiden wußte. Die in Deutschland übliche stille Gesellschaft war den Tatsachen nach wohl meist ein Rechtsverhältnis, bei dem die Einlage des stillen Gesellschafters in das (Privat-)Vermögen des Geranten überging und bei dem der stille Gesellschafter im Verhältnis zu den Gläubigern des Geranten auch nur als ein (diesen nicht etwa direkt haftender) Gläubiger erschien. Hielt man aber einmal die oben gegebene Definition der stillen Gesellschaft für richtig und erschöpfend[98]), so mußte es unerheblich erscheinen, ob bei dieser societas ein Gesellschaftsvermögen gebildet wurde oder nicht, ob der stille Sozius den Gläubigern des Geranten direkt haftete oder nicht; und so konnte man zu der Behauptung kommen, stille Gesellschaft und Kommanditgesellschaft seien ein und dasselbe Gesellschaftsverhältnis, nur daß dabei bald ein Gesellschaftsvermögen gebildet werde und der particeps direkt hafte — bald aber nicht —; man erklärte also diese und andere Tatsachen, die, als der Kommanditgesellschaft im Gegensatz zur stillen Gesellschaft wesentlich, die beiden Rechtsverhältnisse voneinander wesentlich unterscheiden, als accidentalia eines und desselben negotium[99]).

III. Den mannigfachen Verwirrungen, die aus alledem entstanden, hat das Allg. D. GHB. glücklicherweise ein Ende bereitet. Nach hartem Kampfe zog die stille Gesellschaft als selbständiges Rechtsinstitut neben der stillen Gesellschaft in das Gesetz ein; seitdem hat ein großer Teil der einschlägigen

98) Man vergleiche Thöl, Lehrbuch Bd. I (1854) § 40: Die Gesellschafter treiben Handel; der eine haftet direkt nach außen und mit seinem ganzen Vermögen, der andere teilt nach Maßgabe eines eingeschossenen oder einzuschießenden Kapitals Gewinn und Verlust der Handlung.

Anm. 1. Ob er auch nur bis zu diesem Kapital und ob er direkt haftet, gehört nicht in die Definition.

99) Angaben über die Literatur jener Zeit siehe insbes. bei Renaud, Kommanditgesellschaft S. 38 ff.

Literatur es sich zur Aufgabe gemacht, den Gegensatz zwischen stiller Gesellschaft und Kommanditgesellschaft wissenschaftlich zu begründen und zu vertiefen.

Das HGB. von 1897 regelt die stille Gesellschaft im allgemeinen im Anschluß an das A. D. HGB., aber noch mehr als dieses bedeutet es einen erfreulichen und gesunden reformatorischen Akt: man vertilgte aus dem Gesetz die letzten Spuren einer auf doktrinellen Irrtümern beruhenden Konstruktion, indem man den Art. 257 und den fragwürdigen Art. 260 über Bord warf; das HGB. von 1897 versucht die stille Gesellschaft lediglich für eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts auszugeben.

Gegen Ende des ersten Drittels des vorigen Jahrhunderts[100]) taucht nun im Widerspruche gegen eine nun Jahrhunderte alte Ansicht die Behauptung auf, die stille Gesellschaft sei überhaupt keine Gesellschaft; hervorgerufen wurde diese Behauptung offenbar durch das Bestreben, die stille Gesellschaft möglichst weit von der Kommanditgesellschaft — und diese war und ist unbestreitbar eine Gesellschaft — zu trennen, und sie fand auch weiterhin zahlreiche und namhafte Anhänger; und zwar treten uns als die positive Kehrseite dieser negativen Ansicht, daß die stille Gesellschaft keine Gesellschaft sei, zwei verschiedene Anschauungen entgegen: die eine erklärt, ziemlich unbestimmt, die stille Gesellschaft für ein modifiziertes Gläubiger- oder Kreditverhältnis[101]), die andere gibt die stille Gesellschaft für ein qualifiziertes oder modifiziertes Darlehen aus[102]), eine Ansicht, die weder historisch noch nach geltendem Recht irgend eine wirkliche Berechtigung hat[103]). Eine ernstliche und eingehendere Be-

---

100) Literatur bei Lastig in Endemanns Handbuch I S. 729 a.

101) Siehe oben Anm. 4.

102) Oben Anm. 3.

103) Das Rechtsverhältnis, welches Crome a. a. O. unter dem Namen „partiarisches Darlehen" (eigentlich müßte es heißen: partiarisch verzinsliches Darlehen) darstellt, verdient diesen Namen nicht, und zwar vor allem deshalb, weil Crome innerhalb dieses Rechts-

gründung dieser beiden Anschauungen findet sich eigentlich nirgends[104]).

Jene Angriffe auf die alte Gesellschaftskonstruktion konnten so zu keinem Erfolg führen, und wirklich scheint auch in der letzten Zeit die Anschauung, daß die stille Gesellschaft eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sei, wieder die unbestrittene Herrschaft erlangt zu haben; sie wird wenigstens von den auf dem HGB. von 1897 fußenden Arbeiten fast durchweg verteidigt[105]), aber freilich auch meist mehr mit Entschiedenheit als unter Anführung von Gründen[106]). Es scheint, als ob die offenbare Absicht des sogenannten Gesetzgebers, die stille Gesellschaft als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu konstruieren, alle Bedenken in dieser Hinsicht verscheucht habe.

Welchen Standpunkt diese Arbeit zu diesem Konstruktionsversuche einnimmt, erhellt aus den voraufgegangenen historischen Ausführungen; im folgenden soll auf der Grundlage des heutigen Rechts untersucht werden, welche Bedeutung jenem Konstruktionsversuch des Gesetzgebers zuzuschreiben ist, ob er weiter geglückt ist und ob er überhaupt glücken konnte.

---

verhältnisses eine Verpflichtung des Kapitalempfängers, mit dem „Darlehen" in einer bestimmten Weise zu verfahren, annimmt, cf. S. 374, 391 bei Crome a. a. O.; ein Vertrag aber, durch den sich jemand verpflichtet, Kapitalien, die ihm vom Kontrahenten übergeben werden sollen, „vertragsmäßig zu gebrauchen", kann keinesfalls für einen Darlehensvorvertrag oder einen Darlehensvertrag angesprochen werden. Crome, der die Kommenda nicht zu kennen scheint, stellt unter seinem „partiarischen Darlehen" in Wirklichkeit eine partiarische Geldkommenda bezw. unsere „stille Gesellschaft" dar.

104) Allenfalls noch bei Lastig; vgl. oben Anm. 2.

105) Vgl. oben Anm. 1.

106) Begründungen versuchen eigentlich nur Rettig, Die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs im Verhältnis zu der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Dissert. Rostock 1902 S. 4 ff.) und Loewy, Die stille Gesellschaft in ihrem Verhältnis zu der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (Dissert. Göttingen 1901 S. 11 ff.).

§ 7.

Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuches.

I. Machen wir uns die Entwickelung der stillen Gesellschaft noch einmal im Zusammenhange klar, indem wir dabei die einzelnen Durchgangsformen dieser Entwickelung unter die Begriffe des heutigen Rechts bringen.

B. verpflichtet sich, ein ihm von A. anvertrautes Kapital durch Kauf oder Verkauf im eigenen Namen für C. umzusetzen; das ist das essentiale der Kommenda schlechthin, die nach heutigem Recht ein Auftrag, ein Werkvertrag mit Geschäftsbesorgung und eventuell eine Kommission sein kann; naturalia negotii sind hierbei die Verpflichtung B.s, den Anweisungen des A. zu folgen, ihm nach Erfüllung der Kommenda alles, was er daraufhin erlangt hat, herauszugeben und die Verpflichtung A.s, dem B. seine Aufwendungen zu ersetzen.

Wenn A. sich verpflichtet, dem B. als Entgelt für seine Arbeit eine Quote des Reingewinnes zu leisten, den A. mit dem anvertrauten Kapital macht, so wird die Kommenda eine partiarische; sie ist nach heutigem Recht ein partiarischer Werkvertrag mit Geschäftsbesorgung und eventuell eine partiarische Kommission.

Das Rechtsverhältnis schreitet zur Widerlegung fort, wenn B. mit Erlaubnis A.s das von diesem anvertraute Kapital mit anderen Kapitalien zu einer wirtschaftlichen Einheit vermengt, so daß er bei Umsatz dieses Gesamtkapitals nun nur zum Teil im Interesse A.s handelt; die Widerlegung ist historisch eine besondere partiarische Kommenda, nach heutigem Recht ein besonderer partiarischer Werkvertrag.

Machen A. und B. aus, daß B. bei Umsetzung des Gesamtkapitals den einzelnen Anweisungen A.s nicht zu folgen brauche, schließen sie weiter das willkürliche Widerrufsrecht A.s aus, setzen sie fest, daß A. zur Hingabe des anzuvertrauenden Kapitals rechtlich verpflichtet sein solle und bestimmen sie schließlich, daß B. das durch die Widerlegung

entstehende Gesamtkapital nicht in einzelnen Geschäften durch Kauf oder Verkauf, sondern zum dauernden Betriebe eines Handelsgewerbes verwenden solle[107]), so haben wir damit im wesentlichen den Tatbestand der participatio und unserer stillen Gesellschaft, den wir daher für einen besonderen Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung erklären können, da sie lediglich aus einem essentiale und aus Akzidentalien der Kommenda zusammengesetzt ist.

II. Bevor wir aber weiter darauf eingehen, welche Stellung der stillen Gesellschaft in unserem Rechtssystem zuzuweisen ist, ist zu untersuchen, ob und warum sie keine Gesellschaft unseres bürgerlichen Rechts ist. Für die Beantwortung dieser Frage ist bisher noch nichts gewonnen worden; denn wenn man auch zugibt, daß die stille Gesellschaft unter den Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung subsumiert werden kann — so ist damit noch nicht gesagt, daß sie nicht außerdem noch unter die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts subsumiert werden könne; sie könnte ja vielleicht die Einbegreifung unter die Gesellschaft ebenso sehr verdienen wie die Einbegreifung unter den Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung; diese Möglichkeit ist denkbar; a priori kann sie jedenfalls nicht geleugnet werden, und wir müssen daher nachprüfen, ob sie den bestehenden Verhältnissen nach tatsächlich vorhanden ist.

1. Das Kriterium der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist die Verpflichtung der Gesellschafter zu gemeinsamem Zweck. Ist dieses Kriterium bei der stillen Gesellschaft ge-

---

107) Damit wird das Rechtsverhältnis ein Dienstvertrag (vgl. oben § 5 unter III 3), ohne daß es wesentlich dadurch geändert würde. Die Geschäftsbesorgung (das Bürgerliche Gesetzbuch kennt diesen Begriff als solchen nicht) bleibt ein Werkvertrag, wenn das Rechtsverhältnis zeitlich eine infolge der Art der Geschäftsbesorgung naturgemäß eintretende Beendigung findet; sie wird ein Dienstvertrag, wenn es keine solche Beendigung findet; das Ende des Rechtsverhältnisses hängt dann von der Parteivereinbarung, eventuell von der dispositiven Gesetzesvorschrift ab.

geben? Es scheint zunächst so; als gemeinsamer Zweck erscheint die Erzielung eines möglichst großen Geschäftsgewinnes des Handelsgewerbes; zu diesem Zweck verpflichtet sich der Stille zur Hingabe des Kapitals in das Handelsgewerbe[108]), der Gerant verpflichtet sich zu demselben Zweck dazu, die Einlage ins Handelsgewerbe zu stecken und dieses möglichst rentabel zu gestalten.

Aber wenn man genauer zusieht, so zeigt es sich, daß sich die Subsumtion der stillen Gesellschaft unter die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts dennoch verbietet. Es soll hier nicht weiter auf die Tatsache eingegangen werden, daß die stille Gesellschaft im Gegensatz zu den Normen über die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches im Zweifel nicht mit dem Tode des stillen Gesellschafters endigt (eine Tatsache, die historisch auf das Recht des heutigen § 672 B.GB. zurückgeht). Damit kann man sich noch abfinden (und ebenso mit der Nichtentstehung eines Gesellschaftsvermögens); denn es handelt sich bei dieser Verschiedenheit nur um ein dispositives naturale negotii. Eine weit größere und ausschlaggebende Bedeutung kommt aber der Tatsache zu, daß die stille Gesellschaft ein Begriffsmerkmal zeigt, dessen Fehlen der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wesentlich ist: näm-

108) Daß die Einlageverpflichtung des stillen Gesellschafters ein essentiale der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs ist, d. h. daß ein Rechtsverhältnis nur dann unter die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs subsumierbar ist, wenn es tatsächlich diese Einlageverpflichtung als von den Parteien statuiert aufweist, findet sich zwar im Gesetz nicht gesagt, aber dieses gibt ja überhaupt keine Definition des Rechtsverhältnisses, welche letztere der allgemeinen Anschauung des Verkehrs und der Literatur zu entnehmen ist; und daß nach dieser der Begriff der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs nur da zur Anwendung kommt, wo eine Einlageverpflichtung des particeps besteht, muß schon insofern angenommen werden, als man sonst überhaupt nicht hätte dazu kommen können, die stille Gesellschaft für eine Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu erklären, wenn man nicht vorausgesetzt hätte, daß der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs diese Einlageverpflichtung wesentlich sei.

lich die Beschränkung der Parteien, welche in einem stillen Gesellschaftsverhältnis verbunden sein können, auf die Zweizahl.

„Der stillen Gesellschaft ist wesentlich ihr Bestehen zwischen nur zwei Kontrahenten." Das ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt; aber dieses gibt ja überhaupt keine Definition des Rechtsverhältnisses; sicherlich spiegelt dieser Satz (dessen Entstehung historisch sich leicht erklärt) sowohl die Anschauung des Gesetzes als auch des Verkehrs wieder; er wird auch in der Literatur[109]) durchweg behauptet, und zwar auch von allen jenen Schriftstellern, die die stille Gesellschaft für eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts erklären. Keiner aber von den Vertretern dieser Anschauung hat bis jetzt Zweifel darüber laut werden lassen, ob sie mit jenem Satze vereinbar sei.

Angenommen, die stille Gesellschaft sei eine Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches; dann steht an sich, wenn man nicht bereits von vornherein an jenem oben ausgesprochenen Satze festhält, nichts der Möglichkeit entgegen, durch einen die stille Gesellschaft begründenden Vertrag ein Rechtsverhältnis auch zwischen drei und mehr Kontrahenten zu schaffen. Z. B.: A. und B. verpflichten sich zur Leistung von Einlagen in das Handelsgewerbe des Geranten C.; C. verpflichtet sich, die Einlagen in das Handelsgewerbe zu verwenden

---

109) Vgl. von den neuesten Arbeiten: Karl Lehmann, Lehrbuch § 67 III; Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts § 29; Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts § 112; Band a. a. O. S. 13; Loewy a. a. O. S. 24; v. Hövel a. a. O. S. 11; v. Borch a. a. O. S. 35; Franck a. a. O. S. 15; Mitscher a. a. O. S. 13; Rettig a. a. O. S. 12. Wie sehr man an jenem Satz als einem allgemein gültigen, der auch von einer einzelnen Gesetzgebung nicht umgestoßen werden kann, festhält, zeigt folgendes: Renaud, Kommanditgesellschaften S. 61—62, berichtet, daß der italienische Codice di commercio und der belgische Handelskodex die stille Gesellschaft als eine Gesellschaft zwischen zwei und mehr Kontrahenten definieren, aber er berichtet das mit dem Hinzufügen, daß sich hier „in die Legaldefinition ein Fehler eingeschlichen habe".

und dies möglichst rationell im Mitinteresse A.s und B.s zu betreiben. Dann hätten wir hier ein Gesellschaftsverhältnis zwischen drei Kontrahenten, in welchem z. B. auch A. von B. verlangen kann, daß er seine Einlage macht. Die weiteren Konsequenzen brauchen nur angedeutet zu werden: A. könnte z. B. wegen wichtigen Grundes auch dem C. gegenüber die Gesellschaft kündigen, wenn B. seine Einlage nicht macht; durch Konkurs über das Vermögen des A. würde die Gesellschaft auch zwischen B. und C. endigen u. s. w. Man sieht: diese Gesellschaft zwischen drei und mehr Kontrahenten ist keine stille Gesellschaft, weder im Sinne des Gesetzes noch nach der Anschauung des Verkehrs oder der Literatur. Und die herrschende Lehre sagt ja selbst: „Die stille Gesellschaft ist begrifflich auf zwei Personen beschränkt.“ Aber warum denn, wenn sie zugleich die Behauptung aufstellt: „Der die stille Gesellschaft begründende Vertrag ist ein Gesellschaftsvertrag des § 705 B.GB.“ Es gibt hier nur zwei Möglichkeiten: entweder diese beiden Sätze sind miteinander vereinbar oder einer von beiden muß fallen.

a) Sehen wir zunächst, ob die beiden Sätze nebeneinander bestehen können; um diesen Nachweis zu führen, müßte die herrschende Lehre ihre bisherige Unterlassung nachholen und nachweisen, daß der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches die Unbeschränktheit in der Zahl ihrer Kontrahenten nicht wesentlich sei, bezw. daß die Beschränktheit einer Gesellschaft auf eine bestimmte Zahl von Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsbegriffe selbst hergeleitet werden könne; nur dann ist der Beweis geliefert, daß ein Rechtsverhältnis eine Gesellschaft sein, dabei aber begrifflich auf zwei Kontrahenten beschränkt sein kann. Nun ist es aber gerade das Typische für die Gesellschaft, daß sie ein Rechtsverhältnis zwischen beliebig vielen Kontrahenten sein kann, und zwar kann sie das eben darum, weil ihr Kennzeichen die Verpflichtung zu gemeinsamem Zwecke ist; gemeinsam aber kann ein Zweck ebensogut zwei wie hundert Personen sein; und da es keinen vermögensrechtlichen Zweck gibt (auch sonst vielleicht keinen — abge-

sehen von der Ehe), der aus sich heraus nur zwei Kontrahenten gemeinsam ist, so kann das Merkmal eines Rechtsverhältnisses, das begrifflich auf zwei Parteien beschränkt ist, nicht der gemeinsame Zweck sein. Man kann dagegen nicht einwenden, daß es doch auch Gesellschaften des bürgerlichen Rechts zwischen zwei Personen gäbe; gewiß — aber hier liegt die Beschränkung auf zwei Kontrahenten nicht an dem Wesen des von ihnen einzugehenden Rechtsverhältnisses, sondern sie liegt an irgendwelchen, die Parteien bestimmenden Tatsachen; und das zeigt sich darin, daß in dasselbe Rechtsverhältnis auch noch mehr Kontrahenten aufgenommen werden könnten, wenn die Parteien es wollen. Aber das ist nicht bei der stillen Gesellschaft der Fall; es kann gar keine stille Gesellschaft zwischen mehr als zwei Parteien bestehen, und wenn zwei Parteien, die eine stille Gesellschaft eingehen wollen, noch eine dritte Partei in das Rechtsverhältnis aufnehmen wollten, so wäre das eben keine stille Gesellschaft mehr[110]); die stille Gesellschaft kann ihrem Wesen nach ebenso nur zwei Parteien haben, wie etwa der Kauf oder die Miete oder sonst ein gegenseitiger Vertrag außer der Gesellschaft.

b) Demnach bleibt nur die zweite Möglichkeit: einer von den beiden Sätzen muß fallen. Nun ist die Tatsache,

---

110) Es könnte auf den ersten Blick scheinen, als könnten hieraus praktische Schwierigkeiten entstehen insofern als man bei jedem tatsächlich von zwei Kontrahenten abgeschlossenen Rechtsverhältnis mit dem Tatbestand der stillen Gesellschaft fragen müßte, ob nun nach Absicht der Parteien wirklich hier eine stille Gesellschaft vorliege, oder ob hier nicht jene oben (§ 7 II 1) erwähnte Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zwischen zufällig nur zwei Kontrahenten vorliege. Aber eine solche Befürchtung ist unnötig. Denn wenn die Parteien ein Rechtsverhältnis mit den Merkmalen der stillen Gesellschaft eingehen, so wollen sie eben eine stille Gesellschaft und keine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts eingehen; daß sie die letztere eingehen wollen, könnte nur dann angenommen werden, wenn ihre Absicht ganz unzweideutig darauf geht, indem sie in das Rechtsverhältnis Merkmale aufnehmen, die die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts von der stillen Gesellschaft unterscheiden.

daß der stillen Gesellschaft nur zwei Kontrahenten wesentlich sind, eine Rechtstatsache, an der die Wissenschaft nichts ändern kann, und es bleibt daher nur ein Ausweg: Wir müssen die Behauptung, daß die stille Gesellschaft eine Gesellschaft sei, als einen mißglückten Konstruktionsversuch zurückweisen.

2. Aber liegt in dieser Behauptung nicht vielleicht mehr als ein wissenschaftlicher Konstruktionsversuch? Zwingen uns nicht vielleicht die Bestimmungen des Gesetzes dazu, die §§ 705 ff. B.GB. subsidiär hinter den § 335 ff. HGB. anzuwenden? Nein. Darüber, daß der sogenannte Gesetzgeber die Absicht hatte, die stille Gesellschaft für eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts auszugeben, daß er jene subsidiäre Anwendung der §§ 705 ff. B.GB. hinter den §§ 335 ff. HGB. herbeiführen wollte — darüber besteht wohl kein Zweifel [111]; aber die Wissenschaft ist stets nur an das Gesetz, niemals aber an die Absicht der Gesetzgeber gebunden; und sie braucht die letztere bei der Auslegung des Gesetzes nicht einmal zu berücksichtigen, wenn sie eine solche Absicht als ungerechtfertigt verwerfen muß. Wir haben also, da wir in dieser Lage sind, nur zu prüfen, ob uns die positiven Vorschriften des Gesetzes dazu zwingen, die Vorschriften über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in ihrer Gesamtheit hinter den Vorschriften des Handelsgesetzbuches über die stille Gesellschaft anzuwenden; prüfen wir diese Frage im einzelnen nach.

a) Liegt nicht etwa in der vom Gesetze gebrauchten Bezeichnung des Instituts als einer „stillen Gesellschaft" eine Definition dahin, daß das Rechtsverhältnis zunächst eine „Gesellschaft" sei und dann weiterhin eine besondere Art derselben, nämlich eine „stille"? Nein. Eine Definition würde in dieser Bezeichnung nur liegen, wenn wir die Begriffsmerkmale der „stillen Gesellschaft" durch die Summierung der Begriffsmerkmale von „Gesellschaft" und von „still" erhalten könnten. Man versuche, sich aber einmal zunächst

111) Vgl. Denkschrift zum Handelsgesetzbuch S. 196.

eine „Gesellschaft" vorzustellen und dann weiterhin eine Gesellschaft, die eine „stille" ist — wer nur die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches kennt, wird schwerlich sich unter einer „stillen Gesellschaft" etwas vorstellen können, solange ihm der rechtliche Tatbestand der „stillen Gesellschaft" noch nicht gegenwärtig ist. Die Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts, die den Ausdruck geschaffen hat, konnte sich vielleicht unter dem socius secretus etwas vorstellen, weil sie gewöhnt war, an die Tatsache, daß der socius ein secretus war, die weitere Tatsache der nichtsolidarischen und limitierten Haftung gedanklich anzuknüpfen[112]). Uns liegt aber heute dieser Gedankengang glücklicherweise ganz fern. Darum liegt für uns in der Bezeichnung „stille Gesellschaft" keine Definition. Die Worte „stille Gesellschaft" sind der Ausdruck für einen unzerlegbaren Begriff. Haben wir uns einmal auf diesen Standpunkt gestellt, so können wir in der Tatsache, daß das Gesetz dreimal nicht von einer stillen Gesellschaft (bezw. einem stillen Gesellschafter) sondern einfach von „Gesellschaft" (bezw. „Gesellschafter") redet, nur eine mangelhafte Begriffstechnik sehen. Das Rechtsverhältnis heißt „stille Gesellschaft", aber es ist darum noch keine Gesellschaft.

b) Von einer Gesetzesvorschrift, dahingehend, daß die §§ 705 ff. B.GB. subsidiär hinter den §§ 335 ff. HGB. anzuwenden seien, ist keine Rede; eine solche Anwendung wäre gemäß Art. 2 EinfGes. zum HGB. nur geboten, wenn die stille Gesellschaft wirklich eine Gesellschaft wäre. Nun würde zwar aus der Behandlung der stillen Gesellschaft im Buch II, Abschnitt 5 des HGB. und weiterhin aus dem Wortlaut der §§ 338, Abs. 2 und 339, Abs. 1 Satz 2 ein Unbefangener zunächst immer den Schluß ziehen, jene subsidiäre Anwen-

112) Wie wenig dieser einer veralteten Dogmatik entstammende Ausdruck sich im Verkehr eingebürgert hat, zeigt die Tatsache, daß die Parteien häufig ein anderes Rechtsverhältnis (partiarisch verzinsliches Darlehen) dort zu begründen glauben, wo sie in Wahrheit eine stille Gesellschaft begründen, vgl. RG. XXX S. 57, XXXI S 34. Vgl. diese Zeitschrift Bd. XXII S. 277.

dung sei erforderlich. Aber wir brauchen jenen Schluß nicht zu machen, wenn wir zu dem Resultate gekommen sind, daß eine solche grundsätzliche Vorschrift sämtlicher Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gesellschaft zu einem Widerspruch mit den gesetzlich anerkannten Begriffsmerkmalen der stillen Gesellschaft führen würde; so ist in § 338, Abs. 2 HGB. nur das ausdrückliche Verbot einer analogen Anwendung einer einzelnen Gesetzesvorschrift, in § 339, Abs. 1, Satz 2 nur das ausdrückliche Gebot einer solchen analogen Anwendung eines Satzes über die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches zu sehen.

III. Das Gesetz zwingt uns also nicht dazu, die stille Gesellschaft für eine besondere Art der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts anzusehen — und darum können wir in der Tat diese alte Konstruktion, deren Ursachen und Wirkungen oben im historischen Teil behandelt worden sind, für unser geltendes Reichsrecht fallen lassen. Es fragt sich nun, welche Stellung der stillen Gesellschaft im geltenden Recht anzuweisen ist.

Bereits oben (unter I) war gesagt, daß wir die stille Gesellschaft, wie sie sich historisch aus einem Arbeitsvertrag mit Geschäftsbesorgung entwickelt hat, so auch nach geltendem Recht für einen Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung ansprechen könnten; und in der Tat ist meines Erachtens die sogenannte „stille Gesellschaft des bürgerlichen Rechts" (wo die Einlage nicht in ein Handelsgewerbe verwendet werden soll, also z. B. in einen landwirtschaftlichen Betrieb, oder zu einem einzelnen Handelsgeschäft; ferner ist hierher auch zu rechnen jene — praktisch wohl kaum mehr vorkommende — stille Gesellschaft, bei der wie bei der alten Widerlegung keine Einlageverpflichtung besteht) unter den Werkvertrag bezw. Dienstvertrag einzubegreifen, dem sie als eine allerdings erheblich spezialisierte Unterart angehört; dagegen geht es nicht an — oder zum mindesten empfiehlt es sich nicht — der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuches im Rechtssystem eine solche untergeordnete Stellung anzuweisen; denn

einmal würde das ihrer praktischen Bedeutung nicht entsprechen; ferner aber enthält die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuches auch noch einige durch die Bestimmungen des Gesetzes in sie hineingetragene Elemente, welche nur ihr, nicht der „stillen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts" eigentümlich sind, und welche dem Rechte des § 675 B.GB. ganz fremd sind, nämlich die Vorschrift des § 338 Abs. 3, des § 339 Abs. 1 und des § 342 HGB. Die Vorschriften des § 338 Abs. 3 und des § 342 HGB. sind ganz allein der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuches eigentümlich; § 338 Abs. 3 behandelt das Kontrollrecht des stillen Gesellschafters (welches historisch aus dem Recht des § 666 B.GB. stammt); § 342 gibt den Gläubigern des Geranten ein besonderes Anfechtungsrecht. § 339 regelt das Kündigungsrecht der stillen Gesellschaft in Analogie zur offenen Handelsgesellschaft. Aus diesen Gründen erscheint die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuches nicht als eine (noch mehr als die „stille Gesellschaft des bürgerlichen Rechts") spezialisierte Unterart des Dienstvertrages mit Geschäftsbesorgung; sondern es ist ihr im Rechtssysteme eine selbständige Stellung neben den anderen gegenseitigen Verträgen (und zwar ist sie ein besonderer Vertrag des Handelsrechts) anzuweisen.

Unser Resultat ist also folgendes: Die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuches ist keine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, da sie ein Begriffsmerkmal hat, dessen Fehlen der Gesellschaft wesentlich ist (nämlich die Beschränktheit in der Zahl der Kontrahenten). Sie ist historisch hervorgegangen aus einem Arbeitsvertrag mit Geschäftsbesorgung. Nach geltendem Recht ist sie ein selbständiges Rechtsverhältnis, wiewohl sie dem Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung nahe steht, näher jedenfalls als der Gesellschaft.

Für die Beurteilung dieses Rechtsverhältnisses sind in erster Linie maßgebend die §§ 335—342 HGB., dann in zweiter Linie die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Handelsgesetzbuches, insbesondere die über gegenseitige Verträge. Weiterhin können die Grundsätze

über den Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung, soweit ratsam, analog angewendet werden; darüber hinaus sind etwaige Lücken von der Wissenschaft so auszufüllen, wie es die Erwägungen der Zweckmäßigkeit gebieten.

Eine eingehende Darstellung der so aufgefaßten stillen Gesellschaft kann hier nicht gegeben werden; im folgenden sollen kurz nur einige wichtige Konsequenzen aus dieser Auffassung gezogen werden, welche eine Abweichung von der Darstellung der stillen Gesellschaft im Sinne der herrschenden Lehre bedeuten oder für die Lösung bestehender Kontroversen in Betracht kommen können.

§ 8.

Einzelne Konsequenzen, welche aus der hier vertretenen Auffassung der rechtlichen Natur der stillen Gesellschaft hervorgehen.

I. Durch den die stille Gesellschaft begründenden Vertrag verpflichtet sich der stille Gesellschafter zur Leistung der Einlage, der Gerant verpflichtet sich, diese Einlage zum gewinnbringenden Betriebe eines Handelsgewerbes vertragsmäßig zu verwenden[113]) und zwar im Interesse des am Gewinn beteiligten stillen Gesellschafters. Das ist der Tatbestand, der zureicht[114]), der aber auch absolut notwendig

113) Die herrschende Lehre leitet diese Verpflichtung aus § 705 BGB. her, sie stammt aber historisch aus §§ 675 mit 631 bezw. 611 BGB.

114) Nicht richtig ist es daher, wenn gesagt wird: „Es gehöre zum Wesen der stillen Gesellschaft“ oder es sei Voraussetzung der stillen Gesellschaft, daß der Gerant ein Handelsgewerbe betreibe, also Kaufmann sei; dieser Irrtum findet sich bei den meisten Schriftstellern; er führt konsequent zu der weiteren Behauptung, daß die stille Gesellschaft erst entstehe, wenn der Gerant das Handelsgewerbe, das er zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht hatte, zu betreiben beginne: vgl. Staub a. a. O. 12 zu § 335; Franck a. a. O. S. 17; v. Borch a. a. O. S. 37; Loewy a. a. O. S. 26. Richtig ist nur: ein Rechtsverhältnis, das nicht die Verpflichtung

vorhanden sein muß, um die Subsumtion unter den Begriff der stillen Gesellschaft zu ermöglichen.

Bei der Erfüllung dieser ihrer Verpflichtungen haben beide Kontrahenten zunächst ganz allgemein Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, und weiterhin hat derjenige, auf dessen Seite der Vertragsschluß ein Handelsgeschäft ist, für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen — ein Fall, der auf seiten des Geranten gemäß § 343 HGB. stets eintritt, sobald der Gerant Kaufmann ist oder wird (bei Vertragsschluß braucht er es ja nicht notwendig zu sein).

Die herrschende Lehre läßt dagegen den stillen Gesellschafter wie den Geranten nur für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten einstehen[115]); allein diese Ansicht beruht lediglich auf der Gesellschaftskonstruktion und fällt mit dieser. Sie hat einmal keine historische Berechtigung; daß bei der Commenda der tractator für omnis culpa haftete, ist oben (§ 3 II) erwähnt; aber auch bei der participatio ließ man den Geranten noch für omnis culpa haften, trotzdem man sie doch für eine societas erklärte[116]). Nach unserem geltenden Recht könnte man von unserem Standpunkt aus zu einer Haftung der Kontrahenten für eine bloße diligentia quam suis nur durch analoge Anwendung der entsprechenden Vorschrift für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts kommen. Aber zu einer solchen analogen Anwendung liegt gar kein Anlaß vor; denn jene Anschauung, daß die Kontrahenten nur für diligentia quam suis einzustehen haben, kommt nicht

---

des Geranten zur Verwendung der Einlage in ein Handelsgewerbe statuiert, kann nicht unter die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs subsumiert werden; cf. Makower, Kommentar S. 849; Rettig a. a. O. S. 12; Mitscher S. 18.

115) Als einziger hat Cosack, Handelsrecht § 112 VII 2 b, und auch dieser nur für das Recht vor dem Handelsgesetzbuch von 1897, behauptet, der Gerant habe für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen.

116) Vgl. Dec. Rotae Gen. a. a. O. XIV 111: insuper participes non adstringuntur damno quod culpa Augustini appaltui obvenit.

sowohl dem stillen Gesellschafter zu gute, für dessen Leistung sie wohl kaum praktisch in Betracht kommen wird, als vielmehr begünstigt sie einseitig den Geranten und liefert ihm den stillen Gesellschafter auf Gnade und Ungnade aus, soweit dieser nicht jenem Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit bei der Vernachlässigung des Geschäftsbetriebes nachweisen kann; denn da der Gerant mit der Betreibung seines Handelsgewerbes doch immer eigene Angelegenheiten besorgt, so wäre die von ihm zu vertretende Sorgfalt bis zur Grenze der groben Fahrlässigkeit identisch bis zu der von ihm tatsächlich aufgewendeten Sorgfalt.

Übrigens ist hierzu noch zu betonen, daß der Gerant für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei der ganzen Geschäftsführung schlechthin aufzukommen hat; wenn er unter Verletzung dieser Sorgfalt es unterläßt, Gewinn zu erzielen, so macht er sich ebenso haftbar, wie wenn er geradezu mit Verlust arbeitet. Die Pflicht des Geranten zu einer rationellen, d. h. auch möglichst gewinnbringenden Geschäftsbetreibung schlechthin, die heute noch das Hauptbegriffsmerkmal der stillen Gesellschaft ist, wie sie das der Commenda war, wird nicht immer genug als eine Verpflichtung mit diesem Umfange hervorgehoben [117] [118]).

117) Z. B. redet Cosack a. a. O. § 112 VII 26 lediglich von einer Haftung des Geranten bei „Geschäftsverlusten". Renaud, HG. S. 114 scheint eine Verpflichtung des Geranten zu rationeller Geschäftsbetreibung überhaupt zu leugnen. Dagegen findet sich klar ausgesprochen, daß der stille Gesellschafter gegen den Geranten einen Anspruch auf eine dem Zweck des Vertrages entsprechende Geschäftsführung (das ist aber eine möglichst gewinnreiche) hat, bei Karl Lehmann, Lehrbuch § 67 V; vgl. auch Staub a.a.O. N. 31 zu § 335.

118) Das sogenannte „Konkurrenzverbot", unter das man den Geranten vielfach stellt — vgl. Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts § 93 III; Staub a. a. O. N. 32 zu § 335; Eberlein a. a. O. S. 32; Baud a. a. O. S. 37; Pfennig (Dissert. Rostock 1902) S. 103; Loewy a. a. O. S. 45; Cosack a. a. O. § 112 VII d — erklärt sich richtig auch nur als eine Folge jener Geschäftsbetreibungspflicht, was betont wird bei Karl Lehmann

II. Lebhafter Streit herrscht darüber, ob Dienste als Einlage eines stillen Gesellschafters in Betracht kommen können oder nicht[119]. Hier muß vom Standpunkt dieser Arbeit aus die Frage verneint werden; schon Mitscher und Loewy a. a. O. haben, zum gleichen Resultat kommend, auf die historische Entwickelung der stillen Gesellschaft hingewiesen. In der Tat ist die stille Gesellschaft noch heute ein Geschäft, bei dem nur ein Teil Arbeit leistet, nämlich der Gerant, und bei der dieser Arbeitsleistung des Geranten als Gegenleistung die Hingabe der (Kapital-) Einlage seitens des stillen Gesellschafters gegenübersteht[120]. Natürlich kann es vorkommen, daß zwei Personen ein Rechtsverhältnis eingehen, bei dem der eine zu Diensten im Handelsgewerbe des anderen verpflichtet ist und dafür eine Quote des Gewinnes jenes Handelsgewerbes erhält; aber dieses Rechtsverhältnis

---

a. a. O.; Rettig a. a. O. S. 30; Frommer (Dissert. 1889) S. 37. Vgl. auch oben Anm. 82.

119) Daß Dienste als „Einlage" des stillen Gesellschafters in Betracht kommen, wird behauptet von: Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch N. 7 zu § 335; Renaud, Stille Gesellschaft S. 80; Karl Lehmann, Lehrbuch § 67 I 2; Behrend, Lehrbuch S. 660; Pfennig a. a. O. S. 56; Löwenstein a. a. O. S. 16; Eberlein a. a. O. S. 25 ff. Das Gegenteil wird mit Recht behauptet von: Staub a. a. O. N. 14 zu § 335; Lastig in Endemanns Handbuch I S. 705; Makower a. a. O. N. V 5 zu § 335; Mitscher a. a. O. S. 20 ff.; Rettig a. a. O. S. 15; Schoen a. a. O. S. 37 ff.; Freese a. a. O. S. 27 Anm. 7; Kästner a. a. O. S. 13; Franck a. a. O. S. 24; v. Hövel a. a. O. S. 20—21; v. Borch a. a. O. S. 42 ff.; Loewy a. a. O. S. 29; RG. XXXI S. 130; RG. in Seufferts Archiv für Entsch. Bd. LXI (N. F. VI) Nr. 105.

120) Auch aus dem Wortlaut des Gesetzes scheint es hervorzugehen, daß die „Einlage" den Charakter des Kapitals trägt (Lastig in Endemanns Handbuch I S. 705), bezw. ein verkehrsfähiges Gut bedeutet (Staub, Kommentar N. 14 zu § 335). Auch die oben § 8 a. A. gegebene Definition läßt Dienste als Einlage nicht zu: die Verpflichtung, die Einlage ins Handelsgewerbe zu verwenden u. s. w., wäre gegenstandslos in dem Falle, daß die Einlage in vom anderen Kontrahenten vertragsmäßig zu leistenden Diensten bestehen könnte.

darf darum nicht unter die stille Gesellschaft subsumiert werden, sondern es bedeutet einen partiarischen Dienstvertrag[121]).

III. Oben im historischen Teil S. 11 und 25 ist ausgeführt worden, daß es für die Charakterisierung eines Rechtsverhältnisses als Commenda und so auch als Widerlegung gleichgültig ist, wie die Kontrahenten die dinglichen Rechtsverhältnisse des anvertrauten Gutes ordnen; die Eigentumsfrage bedeutet kein essentiale negotii; denn die Subsumtion eines Rechtsverhältnisses unter die Commenda beruht lediglich auf dem Vorhandensein einer gewissen obligatorischen Verpflichtung der Parteien.

Gleiches gilt auch noch von der stillen Gesellschaft. Daher kann der stille Gesellschafter auch sich das Eigentum an dem Einlagegegenstand behalten und dem Geranten nur ein dingliches oder obligatorisches Gebrauchsrecht bestellen[122]), welches dann als die Einlage selber erscheint. Ebenso kann aber auch der stille Gesellschafter dem Geranten das Miteigentum an dem Einlagegegenstand einräumen und der Gerant kann seinerseits, wie jeden beliebigen anderen, so auch den stillen Gesellschafter zum Miteigentümer der ihm, dem Geranten, gehörenden Gegenstände machen, so daß dann hier die Kapitalien und Vermögensobjekte des Handelsgewerbes anteilig jedem der Kontrahenten gehören würden, eine Mög-

121) Vgl. RG. in Seufferts Archiv für Entsch. Bd. XLI (N. F. VI) Nr. 105. Über den partiarischen Dienstvertrag handelt ausführlich Crome a. a. O.

122) Vgl. Lehmann-Ring a. a. O. N. 8 zu § 335; Lastig a. a. O.; Renaud a. a. O.; Frommer, Franck, v. Borch, Rettig, Pfennig, Eberlein, Löwenstein, Mitscher a. a. O.; Schoen a. a. O. S. 13; Karl Lehmann a. a. O. Die Vorschrift des Allg. D. HGB., daß die Einlage in das Eigentum des Geranten übergehen solle, wäre also nur dispositiv; cf. auch RG. LXV S. 38. Daß ein Gebrauchsrecht als Einlage nicht geleistet werden könne, nehmen (nur) an: Makower a. a. O. N. V b zu § 335; Staub a. a. O. N. 15 zu § 335 (vgl. aber N. 5 zu § 340).

lichkeit, die auch das Reichsgericht ausdrücklich zugegeben hat [123]).

Die Parteien können also die Eigentumsfrage beliebig regeln; nicht aber können sie — und das darf mit der obigen Frage nicht verwechselt werden — auf Grund des stillen Gesellschaftsverhältnisses ein Sondervermögen schaffen, weil „dies auf der vom Gesetz vorgeschriebenen rechtlichen Behandlung beruht" [124]). In der Tat kann ein für besondere Schulden besonders haftendes Sondervermögen nur dort entstehen, wo seine Entstehung kraft absoluten Rechtssatzes an gewisse Parteihandlungen angeknüpft wird — und zu diesen Parteihandlungen gehört heute der Abschluß des stillen Gesellschaftsvertrages keineswegs [125]).

IV. Die stille Gesellschaft endigt mit der Erfüllung des Konkurses über das Vermögen des Geranten; das ergibt sich aus den Bestimmungen des Gesetzes; rechtlich hat diese Beendigung des Rechtsverhältnisses darin ihren Grund, daß mit der Konkurseröffnung dem Geranten die Eröffnung der Geschäftsbetreibungspflicht unmöglich wird.

Weiter nimmt aber die herrschende Lehre, weil sie die stille Gesellschaft für eine Gesellschaft erklärt, auch an, daß die stille Gesellschaft durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des stillen Gesellschafters endige; freilich ist gerade in diesem Punkt die Durchführung des Gesellschaftsprinzips auf harten Widerstand gestoßen, weil man in ihr mit Recht eine unbillige Härte gegen den Geranten sah [126]);

---

123) Entsch. des RG. Bd. XLV S. 38; die Entscheidung ist mit Unrecht auf den Widerspruch der Literatur gestoßen.

124) So das RG. a. a. O.; selbst wenn aber bei der stillen Gesellschaft ein Sondervermögen entstehen könnte, so wäre es noch kein Gesellschaftsvermögen — weil eben keine „Gesellschafter da sind; vgl. oben S. 26; das Reichsgericht freilich, auf der Gesellschaftstheorie stehend, untersucht die Frage nur dahin, ob ein Gesellschaftsvermögen entstehen könne oder nicht.

125) Anders nach mittelalterlichen Rechten; vgl. oben § 3 II und § 4 III 3.

126) Vgl. Nürnberger Protokolle S. 1157, 1178, 4651 ff.; Lastig in

aber auf der Gesellschaftstheorie stehend, glaubte man dieses Übel als ein notwendiges hinnehmen zu müssen.

Sobald man aber, wie dies hier geschieht, die herrschende Auffassung verwirft, fällt auch jene Notwendigkeit fort, da das Handelsgesetzbuch von 1897 (anders als das Allg. D. HGB.) eine positive Bestimmung dahingehend, daß die stille Gesellschaft durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des stillen Gesellschafters endige, nicht hat; vom Standpunkt dieser Arbeit aus bedarf also die Frage einer selbständigen Beantwortung; versuchen wir es, zu einem Resultate auf dem oben (§ 7 a. E.) bezeichneten Wege zu kommen.

Ebensowenig wie die §§ 335—342 HGB. berechtigen uns die dahinter zur Anwendung zu bringenden allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes dazu, die Konkurseröffnung über das Vermögen des stillen Gesellschafters für einen Grund der Endigung des Rechtsverhältnisses anzusehen[127]); auch durch analoge Anwendung der Vorschriften über den Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung gelangen wir nicht zu jenem Ergebnis; denn gemäß § 23 KO. erlischt zwar ein Rechtsverhältnis, bei dem der eine dem anderen zu geschäftsbesorgenden Diensten verpflichtet ist, mit der Konkurseröffnung über das Vermögen dieses anderen — aber nicht in dem Falle, daß die Geschäftsbesorgung sich auf ein nicht zur Konkursmasse gehörendes Vermögen bezieht; und dieser Fall ist bei der stillen Gesellschaft gegeben, denn die Einlage geht ja immer in das Vermögen des Geranten über, mag nun als Einlegung im einzelnen Fall die Übertragung von Eigentum oder Miteigentum auf den Geranten oder die Begrün-

---

Endemanns Handbuch I S. 741 f.; Renaud, Stille Gesellschaft S. 168—169; v. Borch a. a. O. S. 66; Loewy a. a. O. S. 60 bis 61; Eberlein a. a. O. S. 56; Löwenstein a. a. O. S. 40 bis 41.

127) Hat zur Zeit der Konkurseröffnung der stille Gesellschafter die Einlage noch nicht gemacht, so kommt § 17 Konk.Ordn. in Betracht.

dung eines dinglichen oder obligatorischen Nutzungsrechts für den Geranten figurieren.

Durch analoge Anwendung der Vorschriften über den Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung gelangt man also zur Verneinung der Frage, ob die stille Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des stillen Gesellschafters endigt; dieses Resultat hat auch die Gründe der Zweckmäßigkeit für sich; mit seiner Annahme würde eine unbillige Härte gegen den Geranten beseitigt werden, eine Härte, die umso unbilliger ist, als die Gläubiger des stillen Gesellschafters durch die §§ 339, 135 HGB. bereits genügend geschützt sind.

V. Die die stille Gesellschaft behandelnden Dissertationen der letzten Jahre teilen fast ausnahmslos ihre Darstellungen in zwei Hauptteile ein: in die Darstellung des Verhältnisses „nach innen" und die des Verhältnisses nach außen zu; was den zweiten Hauptteil anlangt, so kommt man hier meist zu dem Resultat, daß man eigentlich von einer Stellung der stillen Gesellschaft nach außen nicht reden könne; und dann wird unter diesem Abschnitt stets das Recht des § 342 des Handelsgesetzbuchs und weiterhin die Frage behandelt, welche Folgen einer „Kundmachung der stillen Gesellschaft" zuzuschreiben seien.

Diese unzulängliche Disposition hat ihren Grund darin, daß man die stille Gesellschaft für eine Gesellschaft hält und nun glaubt, sie auch entsprechend disponieren zu müssen. In der Tat aber kann von einem „Verhältnis nach außen" bei der stillen Gesellschaft ebensowenig gesprochen werden, wie etwa beim Dienstvertrag oder sonst einem gegenseitigen Schuldverhältnis; was den § 342 HGB. angeht, so gibt er lediglich den Gläubigern des Geranten bei dessen Konkurs ein besonderes Anfechtungsrecht gegenüber dem stillen Gesellschafter.

Hinsichtlich der „Kundmachung der stillen Gesellschaft" wird nun vielfach der Satz ausgesprochen, in der Kundmachung durch den stillen Gesellschafter könne auch heute

noch ein Kreditauftrag liegen[128]); gegen diese, obwohl so vorsichtig ausgesprochene Ansicht kann aber nicht genug protestiert werden, denn in Wahrheit haben wir hier nichts anderes als die letzten Spuren jener alten Doktrin, welche dem socius secretus das Privileg der unsolidarischen und limitierten Haftung für den Fall absprach, daß sein Gesellschaftsverhältnis offenkundig wurde, er also nicht mehr secretus war. Der stille Gesellschafter erteilt, wenn er einem anderen von dem Rechtsverhältnis Mitteilung macht, jenem damit ebensowenig einen Kreditauftrag, wie wenn er ihm etwa mitteilen würde, daß er dem Geranten ein Darlehen gegeben habe; und die Interpretation darf, wenn es sich darum handelt, Erklärungen eines stillen Gesellschafters für ein Kreditmandat anzusprechen, nicht weniger vorsichtig dabei sein, als wenn es sich um Erklärungen jedes beliebigen anderen handelt[129]).

128) Vgl. Denkschrift S. 198—199; Franck a. a. O. S. 52; v. Borch a. a. O. S. 63; Eberlein a. a. O. S. 47; Band a. a. O. S. 49; v. Hövel a. a. O. S. 51.

129) Vgl. Karl Lehmann, Lehrbuch § 67 VII.

Lebenslauf.

Ich, Erich Lübbert, evangelisch, Preuße, Sohn des Kaufmanns Erich Lübbert und seiner Ehefrau Martha geb. Rohrmann, bin am 4. Januar 1883 in Buchwald, Kr. Koschmin, Pr. Posen, geboren. Ich besuchte das Städtische Gymnasium in Liegnitz und das Kgl. Friedrich-Wilhelms-Gymnasium in Posen, das ich Ostern 1901 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich diente dann mein Jahr ab und studierte weiter 6 Semester die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Berlin (4 Semester) und Breslau (2 Semester).

Am 8. Juni 1905 bestand ich am Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 7. Juli 1905 das examen rigorosum.

Ich wurde als Referendar zuerst beim Kgl. Amtsgericht in Fraustadt beschäftigt; jetzt bin ich dem Kgl. Landgericht in Posen überwiesen.

Während meiner Studienzeit besuchte ich die Vorlesungen und Übungen folgender Herren Dozenten:

Bornhak, Brie, Brunner, Dernburg, Dickel, Engelmann, O. Fischer, Gierke, Gretener, Hellwig, Hintze, Hübler, Jörs, Kipp, Lasson, v. Liszt, Neubecker, Schmitt, Schmoller, Schollmeyer, Seckel, v. Seeler, Vierhaus, Wagner, Weber, Wolf.

Allen meinen hochverehrten Herren Lehrern sage ich hierdurch meinen herzlichen Dank.

Zu ganz besonderem Danke bin ich Herrn Professor Beyerle und Herrn Professor Karl Lehmann für die mannigfache Förderung verpflichtet, die sie mir bei dieser Arbeit zu Teil werden ließen.